جامعة القاهرة
كلية دار العلوم
قسم الشريعة الإسلامية

أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة

بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراة

إعــداد :
عادل مبارك المطيرات
المعيد بكلية الشريعة - جامعة الكويت

إشراف : الأستاذ الدكتور
محمد بلتاجي حسن
رئيس قسم الشريعة الإسلامية
وعميد كلية دار العلوم الأسبق

١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل لكل من
ساهم في إخراج هذا البحث على
هذه الصورة وأخص بالذكر
أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي
أكرمه الله بالصحة والعافية ونفع
به وبعلمه .
كما أشكر جامعة القاهرة
متمثلة في كلية دار العلوم
وقسم الشريعة الإسلامية .
سائلا المولى عز وجل أن يوفق
الجميع للعلم النافع والعمل
الصالح إنه سميع مجيب .

المقـــدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .. وبعد :

فإن من فضل الله تعالى على عباده أن أنزل عليهم هذه الشريعة السمحة التي جاءت لتحقق مصالح الناس وتدفع عنهم المفاسد، فما من مصلحة تفيد الإنسان إلا دعت الشريعة إليها، وما من مفسدة تضر الإنسان إلا نهت الشريعة عنها:

وقد زخر الفقه الإسلامي - المستمد من هذه الشريعة الكاملة - بأحكام وقواعد كثيرة فيها المصالح والمنافع للعباد، وهذه الأحكام قائمة على التيسير ورفع الحرج والمشقة عن العبد ودفع الضرر عنه كما قال تعالى: «وما جعل عليكم في الدين من حرج»[(١)] وقال عز وجل « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر»[(٢)]

ولقد امتازت نصوص الشريعة الإسلامية بالمرونة والعموم والحيوية مما جعلها تواكب عوامل النمو الإنساني حتى قادت الحضارة الإنسانية في أزهى عصورها، فنعمت هذه الأمة وغيرها بعدالة وهناء لم تشهدها أمة من قبل.

ومن المسائل التي بحثها الفقهاء في كتاب البيوع مسألة الجوائح في بيع الثمار والتي تدل بأحكامها وفروعها على سعة وشمولية نصوص التشريع الإسلامي وقيامها على مبادئ اليسر ورفع الحرج ودفع الضرر عن الناس، وإن كانت في خصوص بيع الزروع والثمار، إلا أن الفقهاء فرعوا عليها فروعاً كثيرة وقعدوا عليها قواعد مهمة، بل ونظروا من خلالها نظريات متعددة، ولم يقتصر

---

(١) سورة الحج : آية ٧٨.

(٢) سورة البقرة : آية ١٨٥.

الأمر على ذلك بل وجدوا من خلالها حلولاً لكثير من المشكلات الاقتصادية المعاصرة.

لذلك كان من المهم بيان أحكام الجوائح بشيء من التفصيل من خلال كلام فقهاء الإسلام قديما عن أحكام الجوائح في باب بيع الزروع والثمار، ومن خلال تخريج أقوالهم واستنباط الأحكام وتطبيقها على الجوائح المعاصرة، ثم بيان الصلة بين هذا المبدأ وبين نظريتي الضرورة الشرعية والظروف الطارئة.

* سبب اختيار الموضوع :

اخترت أن يكون موضوع الجوائح وصلته بنظريتي الضرورة الشرعية والظروف الطارئة بحثا لنيل درجة الدكتوراة وذلك للأسباب الآتية:

١ – أنني لم أجد – بحسب اطلاعي – من أفرد هذا الموضوع بالبحث إلا رسالة ماجستير سيأتي الحديث عنها.

٢ – أن دراسة موضوع الجوائح له تعلق كبير بنظريتين هامتين إحداهما نظرية الضرورة الشرعية والتي هي أساس لكثير من مسائل الفقه الإسلامي، والثانية نظرية الظروف الطارئة، وهي نظرية قانونية لها صلة واضحة بمبدأ الجوائح، فكان البحث في هذا الموضوع من الأهمية بمكان لربط هذه النظريات بعضها ببعض.

٣ – أن التعرف على أحكام الجوائح يفتح آفاقا واسعة للاجتهاد في استنباط أحكام الجوائح المعاصرة والتي كثر وقوعها في عصرنا الحاضر، مما يتطلب جهوداً وافرة لوضع الحلول الشرعية لتلك الجوائح المعاصرة.

٤ – أن كثيراً من الجوائح قد عالجها فقهاء القانون معالجة تفصيلية وفقاً لمبادئ ونظريات قانونية ، فوجب البحث في هذه الجوائح ومحاولة إيجاد حلول

شرعية لها يستغنى بها عن الفقه القانوني البعيد عن الشريعة الإسلامية، أو على الأقل تكون مكملة للفقه القانوني فيما لم يخالف الشريعة الإسلامية فيه.

٥ – أن هذه محاولة متواضعة مني للإسهام في وضع بعض الحلول الشرعية للمشكلات الاقتصادية المعاصرة من خلال الحديث عن أحكام الجوائح قديمها وحديثها، وإضافة مادة علمية جديدة متواضعة للمكتبة الإسلامية.

*** الدراسات السابقة :**

لم أجد – بحسب اطلاعي – من أفرد بحثاً مستقلاً عن الجوائح إلا رسالتين إحداهما متقدمة والأخرى معاصرة.

١ – أما المتقدمة فهي رسالة « القول الواضح في بيان الجوائح» لأبي زكريا يحيى بن محمد بن محمد الحطاب الرعيني المالكي، وهو ابن الحطاب المشهور صاحب كتاب «مواهب الجليل شرح مختصر خليل». (٩٠٢ – ٩٥٤ هـ) .

وهذا الكتاب من نوادر الفقه المالكي، حيث إن المالكية قد ذكروا في غالب كتبهم أحكام الجوائح، ولكن لم يفرد الموضوع بالدراسة إلا الحطاب.

والكتاب يبحث في أحكام الجوائح وفق المذهب المالكي مع ذكر الخلافات في داخل المذهب، ولا يتعرض للمذاهب الأخرى إلا نادراً، فهو كتاب في الفقه المالكي.

وقد أصّل الحطاب في هذا الكتاب كثيراً من المسائل المتعلقة بالجوائح.

٢ – وأما الرسالة المعاصرة فهي رسالة ماجستير من جامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية بالرياض كتبها سليمان بن ابراهيم الثنيان وعنوانها : (الجوائح وأحكامها) وقد ذكر الباحث فيها كثيرا من أحكام الجوائح وتفصيلاتها، كما تعرض لذكر بعض الجوائح المعاصرة، وهو بحث جيد .

إلا أن الباحث لم يتعرض لذكر الصلة بين مبدأ الجوائح ونظريتي الضرورة

الشرعية والظروف الطارئة، كما أنه اقتصر في بحثه على المذاهب الأربعة فقط ولم يخرج عنها إلا في النادر.

كما يلاحظ على الباحث أنه لم يفصل في كثير من المسائل التي تحتاج إلى تفصيل، وبالغ في ذكر كثير من الاتفاقات والواقع خلافه، وكذلك لم يكن عزو الأقوال إلى بعض المذاهب دقيقاً في بعض المباحث.

ومع هذا فإن الرسالة المذكورة تبقى رسالة قيمة جمع فيها الباحث شتات الموضوع وأسهم في وضع لبنة للبحث في هذا الموضوع.

* منهجي في البحث :

١ – دراسة المسألة الواحدة دراسة مقارنة بذكر أقوال الفقهاء مع أدلتهم ووجه الدلالة من الأدلة ومناقشتها والترجيح بينها بحسب الاستطاعة.

٢ – توثيق المسائل الفقهية من كتب الفقه المعتمدة.

٣ – تحرير اتفاق الفقهاء قبل ذكر الخلاف .

٤ – اعتمدت في ذكر المسائل الخلافية على أقوال المذاهب الثمانية المشهورة: المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي والظاهري والزيدي والإمامي والأباضي، وأحيانا اقتصر على المذاهب الأربعة: الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي.

٥ – عزوت الآيات إلى مواضعها من السورة ذاكراً رقم الآية واسم السورة.

٦ – خرّجت الأحاديث من مصادرها المعتمدة ذاكراً الكتاب والباب ورقم الحديث والجزء والصفحة. فإن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت بذكره، وإن كان في غيرهما ذكرت درجة الحديث معتمدا على أقوال أئمة الحديث.

٧ - ترجمت للأعلام غير المشهورين ترجمة مختصرة.

٨ - ختمت البحث بخاتمة ذكرت فيها أهم النتائج.

٩ - قسمت البحث تبعاً للمعلومة، وبالتالي فإن هناك فصولاً ومباحث أطول من غيرها.

١٠ - اقتصرت في الهامش على ذكر المرجع واسم المؤلف أما الطبعة والتاريخ فجعلتها في فهرس المصادر والمراجع.

١١ - عملت فهارس تفصيلية لتيسير الرجوع إلى مباحث الرسالة ومسائلها وهي :

أ - فهرس للآيات .

ب - فهرس للأحاديث والآثار .

جـ - فهرس للأعلام .

د - فهرس للقواعد الفقهية والأصولية .

هـ - فهرس للمصادر والمراجع .

و - فهرس للموضوعات .

*** خطة البحث :**

قسمت البحث إلى تمهيد وأربعة أبواب وخاتمة :

التمهيد : وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : التعريف بالجوائح .

المبحث الثاني : التعريف بنظرية الضرورة الشرعية .

المبحث الثالث : التعريف بنظرية الظروف الطارئة .

الباب الأول : أسباب الجوائح وأنواعها وشروطها . وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول : أسباب الجوائح .

الفصل الثاني : أنواع الجوائح .

الفصل الثالث : شروط الجوائح .

الفصل الرابع : الأموال والتصرفات التي تؤثر فيها الجوائح.

الباب الثاني : أحكام الجوائح . وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول : أحكام بيع الأصول والثمار.

الفصل الثاني : وضع الجوائح .

الفصل الثالث : صور من الجوائح في العقود وغير العقود.

الفصل الرابع : طرق القضاء بالجائحة وفسخ العقود بها.

الباب الثالث : الصلة بين الجوائح ونظريتي الضرورة الشرعية والظروف الطارئة. وفيه فصلان:

الفصل الأول : الصلة بين الجوائح ونظرية الضرورة الشرعية.

الفصل الثاني : الصلة بين الجوائح ونظرية الظروف الطارئة.

الباب الرابع : أمثلة تطبيقية لبعض الجوائح المعاصرة . وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول : جوائح ارتفاع الأسعار.

الفصل الثاني : جوائح تدخل الحكومة.

الفصل الثالث : جوائح البيئة.

الفصل الرابع : جوائح الحظر .

الخاتمة : وفيها أهم نتائج البحث .

وبعد ، فإني أشكر الله عز وجل أن وفقني لاتمام هذا البحث، فله الفضل

والمنة أولا وآخراً.

ثم إني أتقدم بالشكر الجزيل لمشرفي الفاضل الأستاذ الدكتور محمد بلتاجي – وفقه الله – الذي لم يأل جهداً في نصحي وتوجيهي وإرشادي إلى أن خرج البحث بهذه الصورة التي أرجو أن تكون مفيدة للقارئ الكريم، فله مني جزيل الشكر ووافر الامتنان.

كما أشكر الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على ما بذلوه من جهد مشكور في قراءة البحث وإبداء الملاحظات عليه.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لجامعة القاهرة العريقة متمثلة بكلية دار العلوم وقسم الشريعة الإسلامية بالكلية، حيث أتيحت لي الفرصة للالتقاء بأساتذتي الأفاضل والاستفادة منهم ومن علمهم مما اكسبني بعض الخبرات الجديدة في حياتي العلمية.

وأخيراً وليس آخراً ، فهذا هو جهد المقل ، وليس هناك عمل كامل ، بل كل عمل لابد أن يعتريه نقص وخلل، وهذا من طبيعة البشر، فإن أصبت فبتوفيق من الله عز وجل وله الفضل والمنة، وإن أخطأت فمني ومن الشيطان، وأستغفر الله منه، وصلى الله وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

التمهيد

في التعريف بالجوائح ونظريتي الضرورة الشرعية والظروف الطارئة

وفيه المباحث التالية :

المبحث الأول : التعريف بالجوائح

المبحث الثاني : التعريف بنظرية الضرورة الشرعية

المبحث الثالث : التعريف بنظرية الظروف الطارئة

« المبحث الأول »

التعريف بالجوائح

الكلام في هذا المبحث في التعريف بالجوائح حيث أذكر تعريفها عند علماء اللغة ، وعند فقهاء المذاهب ثم أذكر الأدلة المعتبرة في وضع الجوائح، ثم أذكر أمثلة لبعض الجوائح ثم قول الحنفية والمالكية في الجوائح .

المطلب الأول
تعريف الجوائح لغة واصطلاحاً

الجوائح لغة :

الجوائح جمع جائحة ، والجائحة : الشدة والنازلة العظيمة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة، وكل مصيبة عظيمة وفتنة مبيرة: جائحة، وجاحهم يجوح جوحاً: إذا غشيهم بالجوائح وأهلكهم.

والجوح : الاستئصال ، يقال: جاحتهم السنة جوحاً وجياحة وأجاحتهم واجتاحتهم: استأصلت أموالهم[١].

قال ابن فارس[٢] : (الجيم والواو والحاء أصل واحد وهو الاستئصال، يقال: جاح الشيء يجوحه: استأصله ، ومنه اشتقاق الجائحة)[٣].

وفي الحديث « إن أبي يريد أن يجتاح مالي»[٤] أي يستأصله ويأتي عليه أخذاً وإنفاقاً[٥].

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٤٣١/٢ ، والنهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٣١١/١ - ٣١٢ .

(٢) هو أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب الكفوي، إمام في علوم اللغة والنحو وعلوم شتى وله رسائل في اللغة والفقه، توفي بالري سنة ٣٩٠ هـ. من مؤلفاته «الجمل في اللغة»، و«معجم مقاييس اللغة».

[شذرات الذهب ١٣٢/٣ - ١٣٣، ترتيب المدارك (٨٤/٧)] .

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٩٢/١.

(٤) أخرجه ابن ماجة ٧٦٨/٢ في التجارات باب ما للرجل من مال ولده رقم الحديث (٢٢٩١). قال البوصيري في الزوائد: (هذا إسناد صحيح رجاله ثقات على شرط البخاري).

(٥) لسان العرب ٤٣١/٢.

وفي مختار الصحاح : (جاح الشيء استأصله، ومنه الجائحة، وهي الشدة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة، يقال: جاحتهم واجتاحتهم، وجاح الله ماله... وأجاحه بمعنى،أي: أهلكه بالجائحة)[١].

وذكر في القاموس معنى الجوح وهو الإهلاك والاستئصال كالإجاحة، والأجوح: الواسع من كل شيء[٢].

وفي اللسان : (الجائحة المصيبة تحل بالرجل في ماله فتجتاحه كله، قال ابن شميل: [٣] أصابتهم جائحة أي سنة شديدة اجتاحت أموالهم فلم تدع لهم وجاجاً.

والوجاج : بقية الشي من مال أو غيره... وجاح يجوح إذا عدل عن المحجة إلى غيرها... والجائحة تكون بالبرد يقع من السماء إذا عظم حجمه فكثر ضرره، وتكون بالبرد المحرق أو الحر المفرط حتى يبطل الثمن... وأصل الجائحة السنة الشديدة تجتاح الأموال.. يقال: اجتاح العدو مال فلان إذا أتى عليه... الجوح الهلاك[٤].

مما سبق يتضح لنا معنى الجائحة كما عرفها علماء اللغة، فهي تأتي بمعنى:

١ – الاستئصال .

٢ – والشدة .

٣ – والنازلة العظيمة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة.

---

(١) مختار الصحاح للرازي (٤٩) مادة « جوح » .

(٢) القاموس المحيط للفيروز آبادي ٤٤٩/١ مادة «جوح».

(٣) هو النضر بن شميل بن خرشة بن يزيد المازني نزيل مرو وعالمها كان إماما حافظاً رأساً في اللغة والنحو. توفي سنة ٢٠٣هـ. من مؤلفاته: «المدخل إلى كتاب العين للخليل بن أحمد» .
[شذرات الذهب ٧/٢ ، معجم المؤلفين ١٠١/١٣] .

(٤) لسان العرب (٤٣١/٢ – ٤٣٢) .

٤ – والمصيبة العظيمة والفتنة المبيرة.

٥ – والإهلاك .

٦ – والواسع من كل شيء.

٧ – والمصيبة تحل بالرجل في ماله فتجتاحه كله.

٨ – والعدول عن المحجة إلى غيرها.

٩ – والإتيان على المال .

وكل هذه المعاني واضحة الدلالة على معنى الجائحة لغة ، إذ كلها تدور حول معنى الهلاك، والاستئصال والإتيان على المال.

وهناك لفظان لهما صلة بمعنى الجائحة ، يحسن تعريفهما في هذا المقام وهما : الآفة والعاهة.

أما الآفة فهي العاهة ، وهي عرض يفسد ما يصيبه. قال ابن منظور(١): (الآفة العاهة وفي المحكم: عرض مفسد لما أصابه من شيء)(٢). وقال الفيروز آبادي:(٣) (الآفة: العاهة أوعرض مفسد لما أصابه)(٤).

---

(١) هو محمد بن مكرم بن علي بن منظور الأفريقي . الإمام اللغوي . ولد بمصر ثم تولى القضاء بطرابلس وعاد إلى مصر فتوفى بها سنة ٧١١هـ. من مؤلفاته «لسان العرب» و«مختصر تاريخ دمشق لابن عساكر».

[شذرات الذهب ٦/٢٦، بغية الوعاة ١/٢٤٨] .

(٢) لسان العرب ٩/١٦ مادة « أوف » .

(٣) هو محمد بن يعقوب بن محمد ابراهيم الفيروز آبادي : من أئمة اللغة والأدب. سكن زبيد وولي قضاءها، كان مرجع عصره في اللغة والحديث والتفسير. توفي في زبيد سنة ٨١٧هـ. من مؤلفاته «القاموس المحيط» و«بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز».

[شذرات الذهب ٧/١٢٦ ، الاعلام ٧/١٤٦].

(٤) القاموس المحيط ٣/١٧٧ مادة «أوف».

وقال الفيومي:[١] (الآفة عرض يفسد ما يصيبه وهي العاهة)[٢].

وفي المعجم الوسيط : (الآفة كل ما يصيب الشيء ويفسده من عاهة أو مرض أو قحط)[٣].

وأما العاهة فتأتي بمعنى الآفة والعيب ، ومنه حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهة[٤]. أي البلايا التي تصيب الزرع والثمار فتفسدها[٥].

والعاهة : البلايا والآفات أي : فساد يصيب الزرع ونحوه من حر أو عطش[٦]. يقال: عيه الزرع إذا أصابته العاهة فهو معيه ومعيوه ومعوه ، يقال: أعاه القوم وعاهوا وأعاهوا، إذا أصابت العاهة ماشيتهم أو إبلهم أو زرعهم[٧].

ورجل معيه ومعوه في نفسه أو ماله : أصابته عاهة فيهما، وطعام معوه: أصابته عاهة، وطعام ذو معوهة: أي من أكله أصابته عاهة[٨].

---

(١) هو أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ اللغوي . ولد ونشأ بمصر ورحل إلى حماة وكان يخطب بجامع حماة. توفي سنة ٧٧٠هـ. من مؤلفاته: «المصباح المنير في غريب الشرح الكبير»، و«شرح عروض ابن الحاجب».
[الدرر الكامنة ١/٣٧٢، بغية الوعاة ١/٣٨٩].

(٢) المصباح المنير (١١) مادة « أوف » .

(٣) المعجم الوسيط ١/٣٢ مادة «أوف».

(٤) أخرجه البخاري ١/٤٦١ في الزكاة باب من باع ثماره أو نخله أو أرضه أو زرعه. رقم الحديث (١٤٨٦) ، ومسلم ٣/١١٦٥ - ١١٦٦ في البيوع باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع. رقم الحديث (١٥٣٤).

(٥) النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٣/٣٢٤ .

(٦) لسان العرب ١٣/٥٢٠ مادة « عوه » .

(٧) المصباح المنير (١٦٨) مادة « عيه » .

(٨) لسان العرب ١٣/٥٢٠ مادة « عوه » .

وبهذه يتضح أن العاهة تأتي بمعنى الآفة، وأن الآفة والعاهة يأتيان بمعنى الجائحة، إذ الآفة أو العاهة التي تصيب الزرع هي الجائحة.

الجوائح اصطلاحاً :

اختلفت تعريفات الفقهاء للجائحة ما بين موسع ومضيق، وينبني على هذا الاختلاف اختلاف الفقهاء في أحكام الجائحة، حيث قصرها البعض على الآفات السماوية دون الأرضية، ووسع البعض الآخر مفهومها لتشمل الآفات الأرضية، وتوسع البعض فجعلها تشمل فعل الآدمي ونحوه. وإليك جملة مختارة من تعريفات الجائحة عند فقهاء المذاهب:

* تعريف الجائحة عند الحنفية :

لم يذكر الحنفية - بحسب اطلاعي - تعريفاً للجائحة، ولعل السبب في ذلك يعود إلى أنهم لا يرون وضع الجائحة - كما سيأتي - فلذلك لم يضعوا لها حداً واضحاً ، إلا أنه بمراجعة نصوص الحنفية في الموضوع ، يمكن أن نستخلص منها تعريفاً للجائحة عندهم.

ففي حاشية ابن عابدين في باب الإجارة : (أصاب الزرع آفة فهلك أو غرق ولم ينبت لزم الأجر)[١].

وفي باب الشفعة : (أو هلك بآفة سماوية وقد اشتراها بثمرها سقط حصته من الثمن في الأول)[٢].

وفي بدائع الصنائع : (فإن هلك كله - أي المبيع - قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع)[٣].

وفي درر الحكام : (وتلف المبيع قبل القبض له خمس صور: أن يكون بآفة

(١) حاشية ابن عابدين ٥/٤٧.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/١٤٨.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٣٨ .

سماوية...)[١].

وفي مختصر الطحاوي : (وما أصاب الثمرة بعد قبض مبتاعها إياها من السماء أو من جناية جان عليها فمن مال المشتري)[٢].

هذه بعض نصوص فقهاء الحنفية ، والتي تشير إلى اختصاص الجائحة بالآفات السماوية، وعلى هذا يمكن أن يكون تعريف الجائحة عند الحنفية بأنها: الآفة السماوية التي تصيب المبيع فتهلكه كله أو بعضه.

*** تعريف الجائحة عند فقهاء المالكية :**

عرف المالكية الجائحة بتعريفات عدة متقاربة اكتفى بذكر بعض منها :

١ - تعريف ابن عرفه:[٣] عرف الجائحة بأنها : ما أتلف من معجوز عن دفعه عادة قدراً من ثمر أو نبات بعد بيعه.

ويقصد بالمعجوز عن دفعه عادة : البرد والنار والريح والغرق والجراد والسموم بلا خلاف، والخلاف في السارق والجيش كما سيأتي.

وأطلق في التعريف بقوله « قدراً » ليشمل الثمار وغيرها بلا تحديد لقدرها، إلا أن الثمار فيها شرط الثلث عند المالكية.

---

(١) درر الحكام لعلي حيدر ٢٧٥/١ .

(٢) مختصر الطحاوي (٧٨) .

(٣) هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي . إمام تونس وعالمها ومفتيها. من كبار فقهاء المالكية. تصدى للتدريس بجامعة تونس وتولى الإمامة والخطابة بجامع الزيتونة. توفي سنة ٨٠٣هـ . من مؤلفاته «المختصر الفقهي»، و«الحدود».
[الديباج المذهب (٣٣٧) ، نيل الابتهاج (٢٧٤)] .

وقـولـه « بعـد بيعـه » أخـرج بـه مـا كـان قبـل البيـع فـإنه ليس بجائحة[١].

٢ – تعريف أبي الحسن الشاذلي :[٢] قال: هي ما لا يستطاع دفعه كالبرد والريح والجيش.

فعنده كل ما لا يستطاع دفعه فهو جائحة ومثل له بالبرد والريح، والجيش ويقصد به الكثير[٣].

٣ – تعريف القرافي[٤]: ذكر عدة تعريفات فمنها عن ابن القاسم[٥] قال : هي ما لا يستطاع دفعه إن علم به.

وعلـى هـذا لا يكون السـارق جائحـة ، بل يشـمل الجيـش والآفـات السماوية.

---

(١) شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٢/٣٩٢ – ٢٩٣، وانظر بلغة السالك للصاوي ٢/٨٧ .

(٢) هو علي بن محمد بن محمد بن خلف المنوفي الشاذلي . من فقهاء المالكية. صنف تصانيف نافعة في الفقه والحديث والأصول واللغة. توفي بالقاهرة سنة ٩٣٩هـ. من مؤلفاته «كفاية الطالب الرباني»، «عمدة السالك على مذهب مالك».

[نيل الابتهاج (٢١٢) ، الإعلام ٥/١١].

(٣) حاشية على كفاية الطالب الرباني للعدوي ٢/١٧٣.

(٤) هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي. من فقهاء المالكية . انتهت إليه رياسة الفقه على مذهب مالك. توفي سنة ٦٨٤هـ. من مؤلفاته: «الذخيرة في الفقه» ، و«الأحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام».

[الديباج المذهب (٦٢) ، شجرة النور الزكية ١/١٨٨].

(٥) هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد العتقي المصري . شيخ حافظ . صحب الإمام مالك وتفقه به. روى عن مالك «المدونة» . توفي سنة ١٩١هـ.

[شجرة النور الزكية (٥٨) ، الديباج المذهب (١٤٦)].

ومنها تعريف مطرف[١] وعبد الملك[٢] أنها: الآفة السماوية كالمطر وإفساد الشجر دون صنع الآدمي.

وعلى هذا لا يكون الجيش جائحة بل الآفات السماوية[٣].

٤ – تعريف خليل[٤] : هي ما لا يستطاع دفعه كسماوي وجيش.

أي : الجائحة أي شيء متلف للثمرة ، لا يستطاع دفعه عنها، مثل السماوي الذي لا دخل للمخلوق فيه كالبرد والريح والجراد والثلج والمطر، وكالجيش والسلطان الجائر[٥].

ويلاحظ من تعريفات المالكية للجائحة ، أنهم جعلوا كل ما لا يستطاع دفعه جائحة كالآفات السماوية، وهناك خلاف بينهم في صنع الآدمي كالجيش والسارق.

---

(١) هو مطرف بن عبد الرحمن بن ابراهيم قرطبي من فقهاء المالكية . رحل وسمع من سحنون. كان بصيرا بالفقه والنحو والشعر بصيراً بالوثائق مشاوراً للحكام ذا زهد وورع. توفي سنة ٢٨٢هـ.

[الديباج المذهب (٣٤٦) ، شجرة النور الزكية (٥٧)] .

(٢) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله الماجشون . أصله من فارس . والماجشون لقب جده. فقيه مالكي دارت عليه الفتيا في أيامه بالمدينة وأثنى عليه ابن حبيب. يقال أنه عمي في آخر عمره. توفي سنة ٢١٢هـ، وقيل ٢١٣.

[الديباج المذهب (١٥٣) – شجرة النور الزكية (٥٦)] .

(٣) الذخيرة ٥/٢١٢ .

(٤) هو خليل بن إسحاق الجندي . من فقهاء المالكية كان صدراً في علماء القاهرة ومشاركاً في فنون من العربية والحديث والفرائض فاضلاً في مذهب مالك . توفي سنة ٧٤٩هـ. من مؤلفاته «المختصر»، و«شرح جامع الأمهات لابن الحاجب».

[الديباج المذهب (١١٥) ، هدية العارفين (٣٥٢/١)] .

(٥) جواهر الإكليل لصالح الأزهري ٦٣/٢، ومواهب الجليل للحطاب ٥٠٧/٤ .

* تعريف الجائحة عند فقهاء الشافعية :

١ – تعريف الشافعي : الجائحة من المصائب كلها كانت من السماء أو من الآدميين[١].

وهذا التعريف عام في الجوائح السماوية و غيرها، فهو يرى الجائحة شاملة للآفات السماوية التي لا صنع للآدمي فيها، وكذلك صنع الآدمي يكون جائحة.

٢ – تعريف الأزهري :[٢] الجائحة : الآفة التي تصيب الثمر من حر مفرط أو صِر (وهو شدة البرد) أو بَرْد أو بَرَد يعظم حجمه فينفض الثمر ويلقيه[٣].

ويلاحظ أنه اقتصر في تعريف الجائحة على الآفات السماوية التي لا صنع للآدمي فيها، دون غيرها مما هي من صنع الآدمي.

٣ – تعريف سليمان الجمل[٤]: الجوائح جمع جائحة وهي العاهة والآفة كالريح والشمس[٥].

---

(١) الأم ٣/٥٩. ويلاحظ أن الشافعي عرف الجائحة في ٣/٥٨ فقال: وجماع الجوائح كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدمي.

(٢) هو محمد بن أحمد بن الأزهر بن طلحة الأزهري اللغوي الشافعي. صاحب تهذيب اللغة وغيره من المصنفات الكبار الجليلة المقدار. كان فقيها صالحاً غلب عليه علم اللغة. توفي سنة ٣٧٠ هـ. من مؤلفاته «تهذيب اللغة» و«تفسير الفاظ المزني».

[سير أعلام النبلاء ١٦/٣١٥، شذرات الذهب ٣/٧٢] .

(٣) الزاهر في غريب الفاظ الشافعي للأزهري (٢٨٤).

(٤) هو سليمان بن عمر بن منصور الجمل الأزهري. من أهل منية عجيل (إحدى قرى الغربية بمصر) انتقل إلى القاهرة، وتوفي سنة ١٢٠٤هـ. من مؤلفاته: «الفتوحات الإلهية»، و«حاشية على شرح المنهج».

[الإعلام ٣/١٣١، هدية العارفين ١/٤٠٦].

(٥) حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٢٠٦.

وهذا التعريف كسابقه ، حيث اقتصر في تعريف الجائحة على الآفات السماوية التي مثل لها بالريح والشمس.

٤ – تعريف النووي[١]: عرف النووي الجائحة بأنها الآفة السماوية كحر أو برد أو جراد أو حريق[٢].

ويلاحظ من تعريفات الشافعية للجائحة ، الاقتصار على الآفات السماوية دون غيرها، فلا يدخل فيها فعل الآدمي، إلا عند الشافعي الذي ذكرنا له تعريفين أحدهما جعل فعل الآدمي من الجوائح.

*** تعريف الجائحة عند الحنابلة :**

١ – تعريف ابن قدامة :[٣]

الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها كالريح والبرد والجراد والعطش[٤]. ويعني بها الآفات السماوية، إذ لا صنع للآدمي فيها.

---

(١) هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن النووي من أهل نوى من قرى حوران جنوبي دمشق. علامة الفقه الشافعي والحديث واللغة. تعلم في دمشق وأقام بها. توفي سنة ٦٧٦هـ. من مؤلفاته: «المجموع شرح المهذب»، و«شرح صحيح مسلم».

[البداية والنهاية ٢٩٤/١٣ ، طبقات الشافعية للسبكي ١٦٥/٥] .

(٢) روضة الطالبين ٢١٩/٣ .

(٣) هو عبد الله بن أحمد بن قدامة . من أبرز فقهاء الحنابلة . رحل في طلب العلم إلى بغداد ثم عاد إلى دمشق. وكان عالم أهل الشام في زمانه. توفي سنة ٦٢٠هـ. من مؤلفاته: «المغني شرح مختصر الخرقي»، و«الكافي» .

[سير أعلام النبلاء ١٦٥/٢٢ – ١٧٣، البداية والنهاية ١٠٧/١٣ – ١٠٩].

(٤) المغني ٨٦/٤ .

٢ - تعريف ابن مفلح:[1]

الجائحة كل آفة سماوية لا صنع للآدمي فيها كالريح والحر والبرد والعطش[2].

ويلاحظ أنه كتعريف ابن قدامة إلا أنه صرح بأن الجائحة كل آفة سماوية، بينما ذكر ابن قدامة أنها كل آفة، والمعنى واحد حيث يتضح ذلك بتشابه الأمثلة.

٣ - تعريف المرداوي[3]:

ذكر المرداوي معنى الجائحة السماوية وأن ضابطها : أن لا يكون فيها صنع لآدمي كالريح والثلج والبرد والجليد والصاعقة والحر والعطش والجراد[4].

ويلاحظ أنه خص الجائحة بالآفة السماوية كالتعريفين السابقين إلا أنه زاد في بعض الأمثلة.

---

(١) هو إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح . فقيه أصولي حنبلي. كان حافظا مجتهدا ومرجعا للفقهاء. ولي قضاء دمشق . توفي سنة ٨٤٨هـ. من مؤلفاته: «المبدع شرح المقنع»، و«المقصد الأرشد في ترجمة أصحاب الإمام أحمد » .

[شذرات الذهب ٣٣٨/٧، ومعجم المؤلفين ١٠٠/١].

(٢) المبدع ١٧٠/٤.

(٣) هو علي بن سليمان بن أحمد المرداوي - شيخ المذهب الحنبلي - فقيه حافظ لفروع المذهب. ولد ونشأ بـ «مردا» ثم انتقل إلى دمشق فالقاهرة فمكة. توفي سنة ٨٨٥هـ. من مؤلفاته: «الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف»، و«التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع».

[المنهج الأحمد ٢٩٠/٥ ، الضوء اللامع ٢٢٥/٥] .

(٤) الإنصاف ٧٦/٥ - ٧٧.

٤ – تعريف ابن تيمية:[١] عرف ابن تيمية الجائحة بأنها : الآفات السماوية التي لا يمكن معها تضمين أحد، مثل الريح والبرد والحر والمطر والجليد والصاعقة. وأدخل أيضاً ضمن مفهوم الجائحة فعل الآدمي الذي لا يمكن ضمانه كالجيوش واللصوص[٢].

ويلاحظ أن ابن تيمية توسع عن غيره في مفهوم الجائحة وجعلها تشمل – علاوة على الآفات السماوية – صنع الآدمي الذي لا يمكن معه الضمان كالجيوش واللصوص.

*** تعريف الجائحة عند الظاهرية :**

لم يصرح الظاهرية – حسب اطلاعي – بتعريف الجائحة، إلا أنه يفهم من كلام ابن حزم[٣] أنه يرى أن الجائحة هي الآفات السماوية حيث إنه ذكر قول عطاء وأقره، وهو قوله: الجوائح كل ظاهر مفسد من مطر أو برد أو ريح أو حريق أو جراد. إلا أن ابن حزم ذكر في موضع آخر اعتبار الخسارة لانحطاط السعر جائحة، فلعله يرى التوسع في مفهوم الجائحة، وأنها تشمل أيضا كل ما يؤدي

---

(١) هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي. فقيه حنبلي مجتهد. ولد بحران وانتقل به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر . سجن بمصر مرتين بسبب فتاواه. توفي بقلعة دمشق معتقلاً سنة ٧٢٨هـ. من مؤلفاته «منهاج السنة»، و«السياسة الشرعية».

[البداية والنهاية ١٤/ ١٤١ – ١٤٦، شذرات الذهب ٦/٨٠ – ٨٦].

(٢) مجموع الفتاوى ٢٧٨/٣٠ .

(٣) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري عالم الأندلس في عصره. كان فقيها يستنبط الأحكام على طريقة أهل الظاهر. طارده الملوك حتى توفي مبعداً عن بلده سنة ٤٥٦هـ. من مؤلفاته: «المحلى»، و«الأحكام في أصول الأحكام».

[سير أعلام النبلاء ١٨/١٨٤، شذرات الذهب ٣/٢٩٩] .

إلى الخسارة بانحطاط السعر ويؤثر على البائع، وبالتالي يكون مفهوم الجائحة عنده الآفات السماوية، وكذلك صنع الآدمي الذي يؤدي إلى ضرر البائع[١].

*** تعريف الجائحة عند الزيدية :**

يفهم من كلام الزيدية أنهم يرون الجائحة خاصة بالآفات السماوية التي لا صنع للآدمي فيها ففي السيل الجرار : (ولو سلمنا تنزلا لكان وضع الجوائح مختصا بما تلف بالآفات السماوية كما تقدم في حديث أنس بلفظ: «إذا منع الله الثمرة»[٢]. وهذا يدل على اختصاص الجائحة بالآفات السماوية التي لا صنع للآدمي فيها)[٣].

*** تعريف الإباضية :**

يعرف الإباضية الجائحة بأنها ما لا يستطاع دفعه كالبرد والثلج والجليد والريح والجيش والجراد، وهذا باتفاق عندهم.

ووقع الخلاف عندهم في السارق ، حيث يرى جمهورهم أنه ليس جائحة[٤].

*** تعريف الإمامية :**

لم أجد تعريفاً للجائحة عند الإمامية – حسب اطلاعي – إلا أنه ورد في تحرير الوسيلة التمثيل بالآفة السماوية، وإلحاق النهب والسرقة في حكمها،

---

(١) المحلى ٨/٣٨٤ – ٣٨٥ .

(٢) الحديث سيأتي تخريجه .

(٣) السيل الجرار ٣/١٢٢، وانظر البحر الزخار ٣/٣٦٨ .

(٤) شرح كتاب النيل ١/١١١ لمحمد إطفيش .

فكأنهم يرون مفهوما أوسع للجائحة، فتشمل الآفات السماوية مما لا صنع للآدمي فيه، وكذا ما كان من صنع الآدمي كالنهب والسرقة[١].

هذه هي تعريفات الفقهاء للجائحة، وهي ما بين موسع لمفهوم الجائحة ومضيق لها.

ويلاحظ أن الفقهاء متفقون على دخول الآفات السماوية في مفهوم الجائحة، وأن جمهورهم يقتصر على الآفات السماوية في تفسيرهم للجائحة.

وبعضهم جعل الجائحة في غير الآفات السماوية كصنع الآدمي، وهؤلاء أيضا اختلفوا في ذلك في مسألة الجيش والسرقة والنهب والسلطان الجائر.

وأكثر من جعل مفهوماً واسعاً للجائحة هو ابن تيمية حيث جعل كل ما لا يمكن معه تضمين أحد جائحة، سواء كان من صنع الآدمي أم من غير صنعه، وكذا يفهم من كلام ابن حزم.

وبعد هذا العرض لتعريفات الجائحة عند فقهاء المذاهب يظهر لي أن التعريف الجامع للجائحة هو: كل ما لا يستطاع دفعه أو الاحتراس منه أو تضمينه مما يتلف المبيع أو يعيبه قبل تمام القبض .

* شرح التعريف :

« كل ما لا يستطاع دفعه » : يدخل فيه ما لا صنع للآدمي فيه كالآفات السماوية، وما للآدمي صنع فيه ولا يمكن دفعه كالجيش. ويخرج منه ما يستطاع دفعه من صنع الآدمي كالسرقة ونحوها.

« أو الاحتراس منه » : الاحتراس هو التوقي ، أي ما لا يستطاع التوقي منه ويدخل فيه ما يدخل فيما لا يستطاع دفعه، ويخرج منه ما خرج منه أيضا .

---

(١) تحرير الوسيلة للخميني ٥٠٥/١ .

«أو تضمينه» : أي كل ما لا يستطاع تضمينه، فما لا يمكن تضمينه يعتبر جائحة وما لم يمكن تضمينه لا يعد جائحة، فيدخل فيه ما لا يمكن معه الضمان عند التلف كالآفات السماوية والجيش، ويخرج منه ما يمكن معه الضمان كالسرقة حيث السارق ضامن ومتبوع بالغرم.

« مما يتلف المبيع » : أي الجائحة هي التي تتسبب في تلف المبيع، فما لا يتسبب بالتلف فليس بجائحة.

« أو يعيبه » : وهو نوع من التلف حيث إن التلف قد يكون كليا، وقد يكون جزئيا يعيب السلعة.

« قبل تمام القبض » أي أن الجائحة المؤثرة هي التي تقع قبل تمام القبض وتمكن المشتري من المبيع ، أما بعد تمام القبض فلا تعتبر .

المطلب الثاني
أدلة اعتبار وضع الجوائح

مبدأ وضع الجوائح الذي يقول به بعض الفقهاء له أدلته المعتبرة من الكتاب والسنة والقياس، كما سيأتي تفصيله في الفصل الثاني من الباب الثاني.

إلا أني أحب أن أشير إشارة إلى هذه الأدلة حتى يتصور مفهوم وضع الجائحة قبل الدخول في أحكامها.

*** الأدلة من القرآن :**

جاءت آيات كثيرة في كتاب الله تعالى تحذر من أكل أموال الناس بالباطل كقوله تعالى: «**ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون**»(١).

وقوله تعالى « **يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم**»(٢).

ووجه الدلالة من الآيتين أن الله حرم على المسلم أن يأكل مال أخيه بالباطل وبغير وجه حق، ومن أخذ مال أخيه بعد أن أتلفته الجائحة فقد أخذ مال أخيه بغير حق.

---

(١) سورة البقرة : آية ١٨٨ .

(٢) سورة النساء : آية ٢٩.

* الأدلة من السنة :

وردت أحاديث صريحة عن النبي صلى الله عليه وسلم في وضع الجوائح، وهي مع صراحتها قد وقع الخلاف فيها كما سيأتي في موضعه، إلا أني أذكرها إشارة كما ذكرت.

١ - حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح[١].

٢ - حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»[٢]

---

(١) أخرجه مسلم ١١٩١/٣ في كتاب المساقاة باب وضع الجوائح رقم الحديث (١٥٥٤)، وأبو داود ٦٧٠/٣ في كتاب البيوع والإجارات باب في بيع السنين رقم الحديث (٣٣٧٤)، والنسائي ٢٦٥/٧ في كتاب البيوع باب وضع الجوائح رقم الحديث (٤٥٢٩)، وأحمد ٣٠٩/٣ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٣٤/٤ في كتاب البيوع باب الرجل يشتري الثمرة فيقبضها فيصيبها جائحة، والدارقطني ٣١/٣ في كتاب البيوع رقم الحديث (١١٨)، والبيهقي ٣٠٦/٥ في كتاب البيوع باب ما جاء في وضع الجائحة، والحاكم ٤٠/٢ في كتاب البيوع، والشافعي في الأم ٥٦/٣ وابن الجارود ١٧٩/٢ رقم ٥٩٧ و٦٤٠.

(٢) أخرجه مسلم ١١٩٠/٣ من كتاب المساقاة باب وضع الجوائح رقم الحديث (١٥٥٤) وأبوداود ٧٤٦/٣ في كتاب البيوع والإجارات باب في وضع الجائحة رقم الحديث (٣٤٧٠) والنسائي ٢٦٤/٧ في كتاب البيوع باب وضع الجوائح رقم الحديث (٤٥٢٧) وابن ماجة ٧٤٧/٢ في كتاب التجارات باب بيع الثمار سنين والجائحة رقم الحديث (٢٢١٩)، وأحمد ٣٩٤/٣، والطحاوي ٣٤/٤ في كتاب البيوع باب الرجل يشتري الثمرة فيقبضها فيصيبها جائحة، والدارقطني ٣٠/٣ في كتاب البيوع رقم الحديث (١١٤)، والحاكم ٣٦/٢ في كتاب البيوع، والبيهقي ٣٠٦/٥ في كتاب البيوع باب ما جاء في وضع الجائحة، وابن الجارود ٢٠٧/٢ رقم الحديث (٦٣٩) ، والدارمي ٣٢٨/٢ في كتاب البيوع باب في الجائحة رقم الحديث (٢٥٥٦). وقد أخرج الحديث عن أنس البخاري ١١٢/٢ في كتاب البيوع باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع رقم الحديث (٢١٩٨).

ووجه الدلالة من الحديثين أن الأول يدل صراحة على وجوب وضع الجوائح، والثاني يدل عليه كذلك، وعلى حرمة أخذ البائع مال المشتري، وأن إجبار المشتري على دفع الثمن مع هلاك المعقود بفعل الجائحة يعتبر ظلماً، وأكلاً لأموال الناس بالباطل[١].

*** الدليل من القياس :**

وضع الجوائح هو مقتضى القياس الصحيح : فإن المشتري لم يتسلم الثمرة، ولم يقبضها القبض التام الذي يوجب نقل الضمان إليه، فإن قبض كل شيء بحسبه، وقبض الثمار إنما يكون عند كمال إدراكها شيئا فشيئاً، فهو كقبض المنافع في الإجارة، وتسليم الشجرة إليه كتسليم العين المؤجرة من الأرض والعقار والحيوان، وعُلق البائع لم تنقطع عن المبيع، فإن له سقي الأصل وتعاهده، كما لم تنقطع عُلق المؤجر عن العين المستأجرة، والمشتري لم يتسلم التسليم التام، كما لم يتسلم المستأجر التسليم التام، فإذا جاء أمر غالب اجتاح الثمرة من غير تفريط من المشتري لم يحل للبائع إلزامه بثمن ما أتلفه الله عز وجل منها قبل تمكنه من قبضها المعتاد، وهذا معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم: «أرأيت إن منع الله الثمرة؟ فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟»[٢] فذكر الحكم وهو قوله «فلا يحل له أن يأخذ منه شيئا»، وعلة الحكم وهو قوله: «أرأيت إن منع الله الثمرة» وهذا الحكم نص لا يحتمل التأويل، والتعليل وصف مناسب لا يقبل الالغاء ولا المعارضة، وقياس الأصول لا يقتضي غير ذلك، ولهذا لو تمكن المشتري من القبض المعتاد في وقته، ثم أخره لتفريط منه أو لانتظار غلاء السعر، كان التلف من ضمانه، ولم

(١) انظر الذخيرة ٢١٤/٥ ، والمقدمات والممهدات لابن رشد (٥٣٨).

(٢) تقدم تخريجه ص ٢٠ .

توضع عنه الجائحة[١].

*** الأدلة من القواعد العامة :**

ذكر بعض الفقهاء القائلين بوضع الجوائح بعض القواعد المعتبرة في وضع الجائحة فمنها :

١ - ما ذكره ابن تيمية من قاعدة «تلف المبيع قبل التمكن من قبضه يبطل العقد»:

فإن المبيع إذا تلف قبل التمكن من قبضه، كان أخذ شيء من الثمن أخذ ماله بغير حق، بل بالباطل، وقد حرم الله أكل المال بالباطل، لأنه من الظلم المخالف للقسط الذي تقوم به السماء والأرض.

والمبيع في مسألة الجوائح تلف قبل تمام القبض وكماله، بل وقبل التمكن من قبضه، لأن البائع عليه تمام التربية من سقي الثمر ونحوه، حتى لو ترك ذلك لكان مفرطاً[٢].

٢ - ومنها قاعدة « الضرر يزال » :

والتي تفيد وجوب إزالة الضرر ورفعه بعد وقوعه ، فالضرر منفي شرعاً، ولا يحل لمسلم أن يضر أخاه المسلم بقول أو فعل أو سبب بغير حق، فالقاعدة تفيد منع الفعل الضار، وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة[٣].

والمشتري في مسألة الجوائح وقع عليه الضرر، فلابد أن يزال عنه من جرّاء

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ١/٣٥٧ .

(٢) مجموع الفتاوى ٣/٢٧٧.

(٣) انظر الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (٢٥٤).

التلف الواقع على ثماره تحقيقا لهذه القاعدة(١).

هذه إشارات لبعض الأدلة المعتبرة لوضع الجوائح وسيأتي تفصيلها في فصل وضع الجوائح، وإنما أذكرها هنا من باب توضيح الصورة فقط، وذكر المشروعية لا من باب ترجيح المسألة قبل ذكرها، حتى يتصور للقارىء مبدأ وضع الجوائح من خلال هذه الأدلة العامة.

(١) انظر شرح القاعدة في درر الحكام ٣٧/١ مادة «٢٠» والأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٥)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٨٣).

المطلب الثالث
أمثلة لبعض الجوائح

ذكر كثير من الفقهاء أمثلة للجوائح، حيث يرى جمهورهم أن الجوائح إنما هي الآفات السماوية، فضربوا لذلك أمثلة.

فمنها ما ذكره الحطاب الأب[١] حيث نقل أمثلة كثيرة ومنها :

النار ، والريح – هو السموم – والثلج، والغرق بالسيل، والبرد، والطير الغالب، والمطر المضر، والدود، والقحط، والعفن، والجراد، والجليد، والغبار المفسد، والعفاء – وهو يبس الثمرة مع تغير لونها – والقسام – وهو مثل العفاء – والجرش – وهو خمدان الثمرة – والشوبان – وهو متساقط الثمرة – ، والشمرخة – وهو أن لا يجري الماء في الشماريخ[٢] – ولا يرطب حسناً ولا يطيب[٣].

ومنها العطش[٤]، والصاعقة ، والفار، والحر[٥] وغيرها كثير[٦].

---

(١) هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني المعروف بالحطاب ، فقيه مالكي من المغرب أصلاً. ولد واشتهر بمكة، ومات في طرابلس سنة ٩٥٤هـ – من مؤلفاته «مواهب الجليل شرح مختصر خليل»، و«شرح نظم نظائر رسالة القيرواني».

[نيل الابتهاج (٣٣٧) ، شجرة النور الزكية (٢٧٠)].

(٢) الشماريخ : رؤوس الجبال، لسان العرب ٣١/٣ مادة «شمرخ».

(٣) مواهب الجليل ٥٠٧/٤ ، وانظر جواهر الإكليل ٦٣/٢، والذخيرة ٢١٢/٥.

(٤) العطش : هو انقطاع الماء من السماء أو العين التي يسقى بها . المدونة الكبرى رواية سحنون ٢١/٤ .

(٥) انظر الشرح الصغير للدردير ٨٨/٢ ، وروضة الطالبين ٢١٩/٣.

(٦) انظر المغني ٨٦/٤ ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢١٢/٢.

ونقل الحطـــاب الابن[١] عن بعض المالكية أبياتاً في تعداد الجوائح منها قولهم :

إن الجـوائح في الاشـجـار عـدتـهـا ثلاث عـشـرة فـاحـفـظهـا فـدونكـهـا
الـنـار والـريـح ثـم الـثـلـج والـغـــرق والبـرد والطيـر والغـيـث المضـر بـهـا
الدود والقـحـط ثم الـعـفن يتـبـعـهـا بـعـد الجـراد وجـيش قـد ألـم بـهـا
فـاحـفظ فـداك نفسـي اليوم جـعلتـهـا واللص فـاخـتم بـه مـجـمـوع عـدتـهـا
أمـا بقـيـتـهـا فنظمت في أبيات هـي :
واضـــمـم إلـيــهـا مـن الأعـداد أربعـة مع سـتـة واثنتين اسـمـع وكن نـبـهـا
هـي الريـح إذا مـا كـسـت شـجـراً مع الـســمـوم تـراب بـاق غـاصـبـهـا
جلـيـد سلطان شـوبـان شـمـرخـة مع العفاء وقسم الجرش يختمها[٢]

وينقل التسولي[٣] عن بعضهم نظماً للجوائح ونصه :

جـوائح أشـجـار الـثـمـار كـثـيـرة وعـدتـهـا سـتـة وعـشـر فـهـاكـهـا
فـــقـــحـط وثـلـج ثـم غـيـث وبـردهـا وعــفـن وريـح والجـــراد وفـــارهـا
ودود وطـيـــر غـــاصـب ثـم ســـارق وغـــرق وجـيـش والمحـــارب نـارهـا[٤]

---

(١) هو يحيى بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني المغربي الأصل المكي المولد. من فقهاء المالكية . له معرفة بالفلك. مات بعد سنة ٩٩٦هـ. من مؤلفاته «القول الواضح في بيان الجوائح»، و«إرشاد السالك المحتاج لبيان أحكام المعتمر والحاج».

[نيل الابتهاج (٢٦٠) ، الأعلام ١٦٩/٨، مقدمة القول الواضح (١٥)] .

(٢) القول الواضح (١٢٢) .

(٣) هو علي بن عبد السلام بن علي التسولي . من فقهاء المالكية. نشأ بفاس وولي القضاء بها. وتوفي بها سنة ١٢٥٨هـ. من مؤلفاته: «البهجة في شرح التحفة»، و«شرح مختصر الشيخ بهرام».

[الأعلام ٢٩٩/٤] .

(٤) البهجة شرح التحفة للتسولي ٣٣/٢ .

المطلب الرابع
قول الحنفية والمالكية في الجوائح

يتميز قول الحنفية والمالكية في مسألة الجوائح عن غيرهما من المذاهب، وذلك أن الحنفية - كما سيأتي - لا يرون وضع جائحة الثمار، ولا يرون ذلك عذراً طارئاً يوجب وضع الجائحة، بينما هم من أكثر المذاهب توسعاً في مبدأ الأعذار في الإجارة، فيستغرب الباحث من هذا التناقض في بداية الأمر حتى يتبين له سبب التفريق عندهم بين جائحة الثمار والعذر في الإجارة.

كذلك مذهب المالكية تجده من أكثر المذاهب توسعاً في مبدأ الجوائح، حيث تجد في جل كتبهم - إن لم نقل كلها - باباً مفرداً عن أحكام الجوائح، بل ألف بعضهم مؤلفا خاصاً في أحكام الجوائح وهو الحطاب الابن، وهو كتاب «القول الواضح في بيان الجوائح» فلم هذا التوسع في مذهبهم؟

يتبين قول الأحناف في تفريقهم بين جوائح الثمار وأعذار الإجارة إذا عرفنا تعريفهم للإجارة ومفهومهم لها، إذ بمعرفة هذا المفهوم عندهم يتضح التفريق بين العذر في باب الإجارة، وبين وضع الجوائح في باب البيع.

والأحناف لهم مفهوم خاص للإجارة، حيث بينوا كيفية ثبوت حكم عقد الإجارة على المنافع المباحة فذكروا أن المنافع في الإجارة لا تملك جملة واحدة، بل شيئا فشيئاً، فيثبت حكم عقد الإجارة شيئا فشيئاً على حسب حدوث ووجود محل العقد وهو المنفعة، وذلك لأنها تستوفى شيئاً فشيئاً، كما قال الكاساني:[1] (وأما

---

(١) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني منسوب إلى كاسان بلدة بالتركستان . من أشهر أئمة الحنفية بدمشق. من مؤلفاته: «بدائع الصنائع» وهو شرح تحفة الفقهاء، و«السلطان المبين في أصول الفقه». توفي سنة ٥٨٧هـ.

[الفوائد البهية (٥٣) - الجواهر المضية (٢/٢٤٤)] .

كيفية ثبوت حكم العقد، فعندنا يثبت شيئاً فشيئاً على حسب حدوث محله وهو المنفعة، لأنها تحدث شيئاً فشيئاً)[١].

ويترتب على هذا القول أن الأجرة لا تملك بنفس العقد، وإنما تلزم جزءاً فجزءاً بحسب ما يقبض من المنافع، فلا يستحق المؤجر المطالبة بالأجرة إلا تدريجياً يوماً فيوما، (لأن المعاوضة المطلقة إذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين، لا يثبت في العوض الآخر، إذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقية، لأنه لا يقابله عوض، ولأن المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين)[٢].

إذا ثبت هذا تبين لنا الفرق بين قول الأحناف في الأخذ بالأعذار في الإجارة وبين عدم أخذهم بوضع الجوائح في بيع الثمار، إذ أنه في الإجارة لا تملك الأجرة بنفس العقد، بخلاف البيع، فإنه يملك المبيع بنفس العقد، لأنهم يرون أن العقد موجب التقابض في الحال فلا يجوز تأخيره، فلذلك لم يأخذوا بمبدأ وضع الجوائح، ولذلك يذكر ابن تيمية في مسألة وضع الجوائح أنه لا يتصور الخلاف مع أبي حنيفة، لأنه من أصل أبي حنيفة أنه لا يفرق بين ما قبل بدو صلاح الثمرة وبعده، ومطلق العقد عنده وجوب القطع في الحال، لأنه يرى أن العقد موجب التقابض في الحال، فلا يجوز تأخيره، لأنه شرط يخالف مقتضى العقد، فإذا تلف الثمر عنده بعد البيع والتخلية فقد تلف بعد وجوب قطعه، كما لو تلف عند غيره بعد كمال صلاحه، أما في الإجارة فعنده لا يملك المنافع فيها إلا شيئا فشيئاً، فلا تملك بمجرد العقد وقبض العين، ولهذا يفسخها بالموت وغيره[٣].

هذا هو قول الأحناف ، أما تميز قول المالكية، وتوسعهم في الحديث عن مبدأ وضع الجوائح فيظهر لي أن السبب في ذلك يعود لأمرين:

---

(١) بدائع الصنائع ٢٠١/٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٠١/٤، وانظر تبيين الحقائق ١٠٧/٥.

(٣) مجموع الفتاوى ٢٧١/٣٠ .

الأمر الأول : أن القول بوضع الجوائح هو عمل أهل المدينة، وعليه العمل من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى زمان مالك، وعمل أهل المدينة حجة عند المالكية وأصل من أصولهم.

فقد كان مالك رحمه الله يعتبر عمل أهل المدينة مصدراً فقهيا(١) يعتمد عليه في فتاويه، ولذلك كان يقول بعد ذكر الأخبار والأحاديث: الأمر المجتمع عليه عندنا، وقد ذكر ذلك في مسألة وضع الجوائح، ففي الموطأ عن مالك أنه بلغه أن عمر بن عبدالعزيز قضى بوضع الجائحة، قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا(٢)، أي عندنا بالمدينة المنورة(٣). ولذلك يصرح الإمام مالك بأن عمل أهل المدينة لا يصح أن يخالف، وأن الناس لهم تبع، ويتبين ذلك في الرسالة التي وجهها إلى الليث بن سعد(٤) حيث يقول فيها: (بلغني أنك تفتي الناس بأشياء مخالفة لما عليه جماعة الناس عندنا، وببلدنا الذي نحن فيه، وأنت في إمامتك وفضلك ومنزلتك من أهل بلدك، وحاجة من قبلك إليك، واعتمادهم على ما جاءهم منك، حقيق بأن تخاف على نفسك، وتتبع ما ترجو النجاة باتباعه فإن الله تعالى يقول في كتابه العزيز: **«والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار»**الآية(٥). وقال تعالى: **«فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه»**(٦) فإنما الناس تبع لأهل المدينة، إليها

---

(١) انظر في ذلك مناهج التشريع في القرن الثاني الهجري لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجي (٢/٥٩).

(٢) الموطأ ٢/٦٢١ .

(٣) أوجز المسالك إلى موطأ مالك للكاندهلوي ١١/١٢٣، وتبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك لمحمد الشيباني ٣/٤٣٥.

(٤) هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي مولاهم . أصله فارس أصبهاني . شيخ الديار المصرية وعالمها. ثقة كثير الحديث. اشتغل بالفتوى في زمانه بمصر. توفي سنة ١٧٥هـ.
[شذرات الذهب ١/٢٨٥ ، سير أعلام النبلاء ٨/١٣٦] .

(٥) سورة التوبة : آية ١٠٠ .

(٦) سورة الزمر : آية ١٧ – ١٨ .

كانت الهجرة وبها نزل القرآن، وأُحل الحلال وحُرم الحرام، إذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرهم، يحضرون الوحي والتنزيل، ويأمرهم فيطيعونه، ويسن لهم فيتبعونه، حتى توفاه الله واختار له ما عنده صلوات الله عليه ورحمته وبركاته)(١).

فعمل أهل المدينة كما يراه المالكية ومن قبلهم الإمام مالك حجة لا تجوز مخالفتها فلذلك أخذوا بمبدأ وضع الجوائح وتوسعوا فيه وفرعوا عليه تفريعات كثيرة لأنه من عمل أهل المدينة قديما وحديثاً.

الأمر الثاني : أن مذهب المالكية اشتهر بالعمل بالمصلحة(٢) ، كما أنه اشتهر باهتمامه بالنوازل والإجابة على الأسئلة المتعلقة بالحوادث والمستجدات، والقضايا التي تطرأ على المجتمع المسلم وتحل ببيئته، فيبحث ويجد الحلول الملائمة لها.

وقد كان مذهب الإمام مالك متصلاً بالحياة اتصالاً وثيقاً، لأن مخرجيه اجتهدوا في أن يفهموا خصائص الأمور التي يطالبون لها، ومقدار المصلحة فيما يفتون، أو دفع المضرة فيه، وربط ذلك بالأصول العامة، فكان مذهباً حياً يسد حاجة الأحياء وليس مذهباً جامداً، يقف عند نصوص السابقين لا يتحرك عنها قيد أنملة، بل إنه لا يطبق الفقيه نصاً من نصوص المذهب، إلا بعد أن يعرف الحال التي يطبق النص فيها مشابهة تمام التشابه للحال التي عالجها الفقهاء من قبل، ليكون التوافق تاماً، ولا ينقلون النص للحال الواقعة بمجرد الاتحاد في الصورة للحال التي وجد النص فيها، بل يتعرفون الخصائص المميزة لكل واحد منها، وعسى أن يكون في النازلة ما يجعل الحكم القديم غير محقق للمصلحة، أو دافع للمضرة في الحال الجديدة، ولذلك كانت المصلحة والمضرة أساسية في تقدير

---

(١) ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك للقاضي عياض ١/٤١ - ٤٣.

(٢) انظر في ذلك : مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجي (٢/٩٥ - ١٠٢).

الأحكام في مذهب المالكية[١].

فلذلك تميز مذهب المالكية بفقه النوازل والحوادث التي تحدث للناس، يضعون لها أحكاماً مناسبة تجلب لهم المصلحة وتدفع عنهم المضرة، ومنها ما يتعلق بأحكام الجوائح، التي هم من الحوادث الهامة عند كثير من الناس، فتوسعوا في أحكامها لهذا السبب.

ولذلك نجد كثيرا من المالكية كتب في فقه النوازل وتوسع في ذكر مسائله كالفقيه الونشريسي[٢] في كتابه «المعيار المعرب والجامع المغرب من فتاوي علماء أفريقية والأندلس والمغرب»، ومن قبله ألفت كتب في النوازل، مثل: «نوازل عيسى ابن دينار»[٣]، و«نوازل ابن أبي زمنين»[٤]، و«أجوبة ابن رشد»[٥].

---

(١) انظر مالك حياته وعصره – آراؤه وفقهه للإمام محمد أبي زهرة (٣٥٧).

(٢) هو أحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي التلمساني. من فقهاء المالكية وحامل لواء المذهب على رأس المائة التاسعة. أخذ عن علماء تلمسان، ونقمت عليه حكومتها أمراً فانتهبت داره، وفر إلى فاس، ومات فيها سنة ٩١٤هـ. من مؤلفاته «المعيار المعرب من فتاوى علماء أفريقية والأندلس والمغرب»، و«إيضاح السالك إلى قواعد الإمام مالك ».
[نيل الابتهاج (٨٧) ، الأعلام ١/٢٦٩] .

(٣) هو عيسى بن دينار أبو محمد . رحل وسمع من ابن القاسم وصحبه وعول عليه وانصرف إلى الأندلس وكانت الفتيا تدور عليه لا يتقدمه أحد في وقته بقرطبة، وكانت له بها رياسته. توفي سنة ٢١٢هـ .
[ترتيب المدارك ٤/١٠٥ ، الديباج المذهب ١٧٨] .

(٤) هو محمد بن عبد الله بن عيسى بن أبي زمنين . من كبار المحدثين والفقهاء الراسخين في العلم، من أجل أهل وقته حفظاً للرأي، ومعرفة بالحديث واختلاف العلماء وافتنان في الأدب والأخبار. توفي سنة ٣٩٩هـ. من مؤلفاته : «المغرب في اختصار المدونة»، و«المنتخب في الأحكام» .
[الديباج المذهب (٢٦٩) ، و« ترتيب المدارك ٧/١٨٣] .

(٥) هو محمد بن أحمد بن رشد . من أعيان المالكية، قاضي الجماعة بقرطبة وهو جد ابن رشد الفيلسوف المشهور. توفي سنة ٥٢٠هـ. من مؤلفاته «المقدمات والممهدات لمدونة مالك»، و«البيان والتحصيل».
[الديباج المذهب ٢٧٨، شجرة النور الزكية ١/١٢٩] .

ومن كتب المعاصرين «النوازل الكبرى»، و«النوازل الصغرى» لسيدي المهدي الوزاني[1] وغيرها من المؤلفات كثير.

فلهذا السبب - والله أعلم - تميز فقه المالكية بالتوسع في أحكام الجوائح وأكثروا من الحديث حولها، لأنها تحقق المصالح وتدفع المضار عن كثير من الناس، كما أنها من النوازل والحوادث الهامة التي تحتاج إلى مزيد من البحث والتوسع للوصول إلى النتائج المرجوة لتحقيق المصلحة للناس.

هذا هو قول الحنفية والمالكية وتميزهما في مسألة وضع الجوائح، وذكر هذين المذهبين لا يعني بطبيعة الحال التنقص من المذاهب الأخرى، إذ المقصود هو بيان تميز هذين المذهبين عن غيرهما من المذاهب التي اكتفت بذكر مسألة وضع الجوائح إشارة دون تفصيل مثل الذي نجده عند المالكية. والله أعلم .

---

(١) هو محمد المهدي بن محمد بن خضر بن قاسم العمراني الوزاني الفاسي . مفتي فاس وفقيهها في عصره. من علماء المالكية. ولد بوزان ، وتوفي بفاس سنة ١٣٤٢هـ. من مؤلفاته: «النوازل الجديدة الكبرى» ، و«المنح السامية من النوازل الفقهية».

[الاعلام ٧/١١٤، معجم المؤلفين ١٢/٦٠] .

المبحث الثاني

التعريف بنظرية الضرورة الشرعية

الكلام في هذا المبحث عن تعريف موجز لنظرية الضرورة الشرعية، فأبدأ بتعريف النظرية لغة واصطلاحا، ثم ببيان مراعاة الشريعة للضرورة وأدلة ذلك، ثم ضوابط الضرورة ثم قواعد الضرورة.

المطلب الأول
تعريف الضرورة لغة واصطلاحاً

* الضرورة لغة :

الضرورة اسم لمصدر الاضطرار ، تقول: حملتني الضرورة على كذا وكذا، والاضطرار الاحتياج إلى الشيء، وقد اضطر إلى الشيء أي ألجئ إليه، قال تعالى: **«فمن اضطر غير باغ ولا عاد»**[١] أي: فمن ألجئ إلى أكل الميتة، وما حُرم وضيق عليه الأمر بالجوع، وأصله من الضرر وهو الضيق.

ومكان ذو ضرر أي ضيق ، ومكان ضرر : ضيق[٢].

وفي القاموس : (الاضطرار : الاحتياج إلى الشيء، واضطره إليه: أحوجه وألجأه ... والضرورة الحاجة ... والضرر الضيق)[٣].

وقال أبو البقاء الكفوي[٤] : (الاضطرار : الاحتياج إلى الشيء، واضطره إليه ألجأه وأحوجه فاضطر بضم الطاء. والاضطرار بمعنى حمل الإنسان على ما يكره ضربان : اضطرار بسبب خارج، كمن يضرب أو يهدد لينقاد، واضطرار بسبب داخل، كمن اشتد جوعه فاضطر إلى أكل ميتة، ومنه:**«فمن اضطر غير**

---

(١) سورة البقرة : آية ١٧٣

(٢) لسان العرب ٤/٤٨٣ – ٤٨٤ مادة « ضرر » .

(٣) القاموس المحيط ٢/١٠٧ مادة «ضرر».

(٤) هو أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي أبو البقاء . من قضاة الأحناف. ولد في كفا بالقرم، وولي القضاء بها وبالقدس وببغداد ، وعاد إلى اسطنبول فتوفي بها، ودفن في تربة خالد سنة ١٠٩٤هـ. وله كتب بالتركية. من مؤلفاته «الكليات».
[الأعلام ٢/٣٨ ، معجم المؤلفين ٣/٣١] .

باغ»[١].

وأصل الاضطرار عدم الامتناع عن الشيء قهراً[٢].

وقـال الـراغـب :[٣] (الإضـرار : حـمل الإنسـان على مـا يضـره ، وهو في التعارف حمله على أمر يكرهه وذلك على ضربين:

أحدهما : إضرار بسبب خارج ، كمن يُضرب أو يُهدد حتى يفعل منقاداً، ويؤخذ قهراً فيحمل على ذلك، كما قال: **«ثم اضطره إلى عذاب النار»**[٤] **«ثم نضطرهم إلى عذاب غليظ»**[٥].

والثاني : بسبب داخل ، وذلك إما بقهر قوة له لا يناله بدفعها هلاك، كمن غلب عليه شهوة خمر، أو قمار، وإما بقهر قوة يناله بدفعها هلاك ، كمن اشتد به الجوع فاضطر إلى أكل ميتة، وعلى هذا قوله **«فمن اضطر غير باغ ولا عاد»**[٦]، **«فمن اضطر في مخمصة»**[٧].

وقال : **« أمن يجيب المضطر إذا دعاه»**[٨]، فهو عام في كل ذلك.

والضروري يقال على ثلاثة أضرب :

---

(١) سورة البقرة : آية ١٧٣.

(٢) الكليات لأبي البقاء الكفوي (١٣٦).

(٣) هو الحسين بن محمد بن المفضل الأصفهاني المعروف بالراغب . من أهل أصبهان . أديب، سكن بغداد. كان من أذكياء المتكلمين ومن العلماء الحكماء. توفي سنة ٥٠٢هـ. من مؤلفاته «المفردات في غريب القرآن»، و«الذريعة إلى مكارم الشريعة».
[سير أعلام النبلاء ١٨/١٢٠، الأعلام ٢/٢٥٥].

(٤) سورة البقرة آية ١٢٦.

(٥) سورة لقمان آية ٢٤ .

(٦) سورة البقرة آية ١٧٣.

(٧) سورة المائدة آية ٣.

(٨) سورة النمل : آية ٦٢ .

أحدها : إما أن يكون على طريق القهر والقسر لا على الاختيار ، كالشجر إذا حركته الريح الشديدة.

والثاني : ما لا يحصل وجوده إلا به نحو الغذاء الضروري للإنسان في حفظ البدن.

والثالث : يقال فيما لا يمكن أن يكون على خلافه، نحو أن يقال: الجسم الواحد لا يصح حصوله في مكانين في حالة واحدة بالضرورة)(١).

مما سبق يتبين لنا أن الضرورة تأتي في اللغة بمعنى الاضطرار والاحتياج إلى الشيء واللجوء إليه، وبمعنى الحاجة الملحة الداعية إلى ارتكاب ما لا يرتكب في اليسر، والمضطر هو من وقعت عليه الضرورة.

* الضرورة اصطلاحاً :

عرف الفقهاء الضرورة بتعريفات متعددة، وأغلبها مقتصر على بعض أنواع الضرورات، وسأذكر طرفاً من هذه التعريفات:

* تعريف الحنفية :

عرف الحنفية الضرورة بأنها الضرر الذي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع(٢).

وقالوا : الضرورة هي الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً(٣).

---

(١) المفردات للراغب (٢٩٤) .

(٢) درر الحكام ٣٧/١ .

(٣) درر الحكام ٣٨/١ .

وعرفها الجصاص[(١)] بأنها : خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء بترك الأكل[(٢)].

وعرفها الحموي[(٣)] بأنها : بلوغ الإنسان حداً إن لم يتناول الممنوع هلك[(٤)].
ويلاحظ من تعريفات الحنفية اقتصارهم في شرح الضرورة على خوف هلاك النفس مما يجيز تناول المحرم.

* **تعريف المالكية :**

عرف المالكية الضرورة بأنها : خوف الموت ، ولا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت[(٥)].

قال الدردير:[(٦)] (هي الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً)[(٧)].

---

(١) هو أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص. من فقهاء الحنفية . انتهت إليه رئاسة الحنفية في وقته. توفي سنة ٣٧٠هـ.. من مؤلفاته «أحكام القرآن»، و«شرح مختصر الطحاوي».

[الجواهر المضية ٨٤/١ ، البداية والنهاية ٣١٧/١١].

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١٥٠/١.

(٣) هو أحمد بن محمد الحسني الحموي الحنفي. المدرس بالمدرسة السليمانية والحسنية بالقاهرة، عالم مشارك في أنواع من العلوم. توفي سنة ١٠٩٨هـ. من مؤلفاته: «كشف الرمز عن خبايا الكنز»، و«غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر».

[معجم المؤلفين ٩٣/٢، هدية العارفين ١٦٤/١].

(٤) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي ٢٧٧/١.

(٥) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزي (١٩٤) .

(٦) هو أحمد بن محمد بن أحمد العدوي أبو البركات . الشهير بالدردير. من فقهاء المالكية. ولد في بني عدي بمصر، وتعلم بالأزهر. توفي بالقاهرة سنة ١٢٠١هـ. من مؤلفاته «أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك»، و«منح القدير شرح مختصر خليل».

[الأعلام ٢٤٤/١ ، شجرة النور الزكية (٣٥٩)] .

(٧) الشرح الكبير للدردير ١١٥/٢ ، وانظر شرح الزرقاني على مختصر خليل ٢٨/٣.

وذكر القرافي حد الضرورة عن اللخمي[1] أنها: خوف الموت أو الجوع، وعن الجواهر: الضرورة: ظن خوف الهلاك على النفس، ولا يشترط الإشراف على الموت، لأن الأكل حينئذ لا يفيد[2]. والملاحظ على تعريفات المالكية الاقتصار على نوع من أنواع الضرورة وهو خوف الهلاك على النفس.

*** تعريف الشافعية :**

عرفت الضرورة عند الشافعية بأنها : بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب، كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقي جائعاً أو عرياناً لمات أو تلف منه عضو، وهذا يبيح تناول المحرم[3].

وعرف الشافعي المضطر بأنه (الرجل يكون بالموضع، لا طعام فيه معه، ولا شيء يسد فورة جوعه، من لبن وما أشبهه، ويبلغه الجوع ما يخاف منه الموت أو المرض، وإن لم يخف الموت، أو يضعفه ويضره، أو يعتل، أو يكون ماشيا فيضعف عن بلوغ حيث يريد، أو راكبا فيضعف عن ركوب دابته، أو ما في هذا المعنى من الضرر البين)[4].

وتعريفات الشافعية هذه يلاحظ فيها كما سبق اقتصارها في تعريف

---

(١) هو طليب بن كامل اللخمي . من كبار أصحاب مالك وجلسائه . أصله أندلسي . به تفقه ابن القاسم قبل رحلته إلى الإمام مالك. سكن بالاسكندرية وتوفي بها سنة ١٧٣هـ.

[الديباج المذهب ١٣٠، ترتيب المدارك ٦١/٣] .

(٢) الذخيرة ١٠٩/٤ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (٨٥) وانظر المنثور في القواعد للزركشي ٣١٩/٢.

(٤) الأم للشافعي ٢٥٢/٢ . وانظر المجموع شرح المهذب للنووي ٤٢/٩.

الضرورة على الجوع والخوف من الموت جوعاً.

* تعريف الحنابلة :

عرف ابن قدامة الضرورة بأنها التي يخاف التلف بها إن ترك الأكل، قال أحمد: إذا كان يخشى على نفسه، سواء كان من جوع، أو يخاف إن ترك الأكل عجز عن المشي وانقطع عن الرفقة فهلك، أو يعجز عن الركوب فيهلك ، ولا يتقيد ذلك بزمن محصور[١].

ونقل المرداوي عن الحنابلة معنى الاضطرار وهو : أن يخاف التلف إذا علم أن النفس تكاد تتلف، أو خاف ضرراً أو مرضاً أو انقطاعا عن الرفقة فأدى إلى هلاكه[٢].

واقتصر في المطلع في معنى الضرورة على أنها المشقة[٣] ورد عليه ابن المبرد[٤] بقوله: (وليس كذلك، وإنما هو ما يضطر إليه، وتحصل له ضرورة وحاجة إلى التقلد)[٥].

---

(١) المغني ٩/٣٣١ .

(٢) الإنصاف ١٠/٣٦٩ - ٣٧٠.

(٣) المطلع على أبواب المقنع للبعلي (١٧٢).

(٤) هو يوسف بن حسن بن أحمد بن عبد الهادي الشهير بابن المبرد الصالحي الحنبلي . إمام علامة يغلب عليه علم الحديث والفقه، ويشارك في النحو والتصريف والتصوف والتفسير. توفي سنة ٩٠٩هـ. من مؤلفاته «الدر النقي في شرح ألفاظ مختصر الخرقي»، و«التمهيد في الكلام على التوحيد».

[شذرات الذهب ٨/٤٣، ومعجم المؤلفين ١٣/٢٨٩] .

(٥) الدر النقي شرح ألفاظ الخرقي ٢/٤٠٣ .

ويلاحظ على تعريفات الحنابلة الاقتصار في معنى الضرورة على خوف هلاك النفس بسبب الضرر أو المرض أو الانقطاع، ونحو ذلك.

هذه هي تعريفات فقهاء المذاهب للضرورة وهي تدور حول معنى خوف هلاك النفس، والغالب التمثيل بأكل المحرم عند الموت.

وقد عرف بعض الباحثين الضرورة بتعريفات أشمل فمنها :

* تعريف الدكتور وهبه الزحيلي بأنها : أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس، أو بالعضو، أو بالعرض، أو بالعقل، أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته دفعاً للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع[١].

* تعريف الدكتور يوسف قاسم قال : هي خوف الهلاك على النفس أو المال[٢].

* تعريف الدكتور محمود الزيني بأنها : الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً[٣].

* تعريف جميل محمد بن مبارك أنها : خوف الهلاك أو الضرر الشديد على أحد الضروريات للنفس أو الغير يقيناً أو ظناً إن لم يفعل ما يدفع به الهلاك أو

---

(١) نظرية الضرورة الشرعية للدكتور وهبه الزحيلي (٦٧ - ٦٨) .

(٢) نظرية الضرورة الشرعية في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي للدكتور يوسف قاسم (٨٠) .

(٣) الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور محمود محمد عبدالعزيز الزيني(٢٥).

الضرر الشديد[١].

* هذه هي التعريفات التي عرفها بعض الباحثين وهي تعريفات متقاربة في المعنى، ولست أزعم أني سآتي بجديد، إلا أني أقترح أن يكون تعريف الضرورة أنها:

[الحالة التي تلجئ الإنسان لفعل الممنوع شرعاً خوفاً على أحد الضروريات للنفس أو الغير].

فالحالة التي تلجئ الإنسان يقصد بها توضيح حالة الضرورة وهي الشدة والضرر، والممنوع شرعاً أي فعل المحرم في هذه الحالة، والسبب في فعل المحرم هو الخوف نتيجة للجوع أو العطش أو الإكراه وغير ذلك، مما يؤدي إلى وقوع الضرر الشديد أو الهلاك على أحد الضروريات وهي : النفس والعرض والمال والعقل والدين. والله أعلم .

---

(١) نظرية الضرورة الشرعية وحدودها وضوابطها لجميل محمد بن مبارك (٢٨) .

المطلب الثاني
مراعاة الشريعة للضرورة

الشريعة الإسلامية هي شريعة الله المنزلة من لدن الحكيم الخبير سبحانه وتعالى، إنما نزلت لتحقق مصالح العباد، وتدفع عنهم المضار، وترفع عنهم الحرج والمشقة، فلم تغفل الشريعة الحالات التي يمر بها الإنسان فيصاب بحرج شديد أو مشقة مهلكة كحالات الضرورة، وإنما راعتها أعظم مراعاة، واعتنت بها أعظم عناية.

فكلما وقع الإنسان في مضرة شديدة ووجدت المشقة المهلكة ، جاءت الشريعة بالتخفيف والتيسير ورفع الحرج.

وينبغي التنبيه على أن مراعاة الشريعة للضرورة ليس على إطلاقه بحيث يحلو للإنسان أن يفعل ما يشاء عند وجود الضرورة وبعدها، دون السعي إلى التغيير والإصلاح، بل إن هذا يعتبر حكماً استثنائياً يراعى فيه السماحة واليسر، كما يذكر الشاطبي أن الأحكام الشرعية نوعان : أحكام كلية شرعت ابتداء، ولا تختص ببعض المكلفين من حيث هم مكلفون دون بعض، ولا ببعض الأحوال دون بعض، وأحكام شرعت لعذر شاق، استثناء من أصل كلي يقتضي المنع، مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه[1].

أما الأدلة التي تدل على مشروعية مبدأ الضرورة والتي راعتها الشريعة الإسلامية فكثيرة ، منها في كتاب الله تعالى، ومنها في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم.

---

(١) الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي ١/٣٠٠ - ٣٠١.

*** أما الآيات فكثيرة أذكر منها :**

١ - قوله تعالى : « **إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم**»[١].

٢ - وقوله تعالى : « **وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه**»[٢].

٣ - قوله تعالى : « **قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم**»[٣].

٤ - قوله تعالى : « **حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام ذلكم فسق اليوم يأس الذين كفروا من دينكم فلا تخشوهم واخشون اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا فمن اضطر في مخمصة**[٤] **غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم**»[٥].

فهذه الآيات تبين حرمة تناول الميتة ونحوها من المطعومات، إلا في حالة استثنائية وهي حالة الضرورة، حفاظاً للنفس من الهلاك.

---

(١) سورة البقرة : آية ١٧٣.

(٢) سورة الأنعام : آية ١١٩.

(٣) سورة الأنعام : آية ١٤٥.

(٤) المخمصة : المجاعة تورث خمص البطن أي ضموره. المفردات (١٥٩).

(٥) سورة المائدة : آية ٣ .

ويذكر البزدوي[١] أن الله تعالى استثنى حالة الضرورة ، والاستثناء من التحريم إباحة، إذ الكلام صار عبارة عما وراء المستثنى، وقد كان مباحاً قبل التحريم، فبقي على ما كان في حالة الضرورة[٢].

وأما الأحاديث التي رويت في بيان حالة الضرورة فكثيرة منها :

١ - حديث أبي واقد الليثي أنهم قالوا : يارسول الله إنا بأرض بها المخمصة فمتى يحل لنا الميتة؟ قال: «إذا لم تصطبحوا ولم تغتبقوا ولم تحتفئوا فشأنكم بها»[٣].

ومعنى الحديث : إذا لم تجدوا ألبنة تصطبحونها، أو شراباً تغتبقونه، ولم تجدوا بعد عدم الصبوح والغبوق بقلة تأكلونها ، حلت لكم الميتة.

والصبوح هو شرب اللبن أول النهار، والغبوق شرب اللبن آخر النهار، ثم استعملا في الأكل للغداء والعشاء، وتحتفئوا من الحفاء وهو نوع جيد من التمر[٤].

٢ - حديث جابر بن سمرة رضي الله عنه أن أهل بيت كانوا بالحرة محتاجين، قال: فماتت عندهم ناقة لهم أو لغيرهم، فرخص لهم رسول الله صلى

---

(١) هو علي بن محمد بن عبد الكريم بن موسى البزدوي. شيخ الحنفية. أحد من يضرب به المثل في حفظ المذهب. يعرف بأبي العسر لعسر تصانيفه. ولي قضاء سمرقند وأملى الحديث. توفي سنة ٤٨٢هـ. من مؤلفاته «المبسوط» و«أصول البزدوي».

[الفوائد البهية (١٢٤) ، سير أعلام النبلاء ١٨/٦٠٢] .

(٢) كشف الأسرار ٤/٦٦٠، وانظر فتح الباري لابن حجر ٩/٦٧٣ .

(٣) أخرجه أحمد ٥/٢١٨ ، والبيهقي ٩/٣٥٦ في كتاب الضحايا باب ما يحل من الميتة بالضرورة. وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٥/٥٠) : رواه الطبراني ورجاله ثقات.

(٤) نيل الأوطار للشوكاني ٨/١٧٠ - ١٧١ ، ومعالم السنن للخطابي ٤/١٦٧ .

الله عليه وسلم في أكلها، قال: فعصمتهم بقية شتائهم أو سنتهم»[١].

وفي الحديث جواز تناول المضطر للميتة ما يكفيه ، قال الشوكاني[٢]: (ولا أعلم خلافاً في الجواز وهو نص القرآن الكريم)[٣].

٣ - حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « لا ضرر ولا ضرار»[٤].

وهذا الحديث يدل على نفي الضرر وإزالته عن الانسان، ويدل على دفعه قبل وقوعه بطرق الوقاية الممكنة، ومن ذلك فعل المحرم عند الضرورة كأكل الميتة للضرورة فإن فيه دفعاً للضرر عن المضطر، ولذلك قعد الفقهاء قاعدة كلية في ذلك وهي قاعدة «لا ضرار ولا ضرار»[٥].

هذه بعض الأحاديث الواردة في بيان الضرورة، وغيرها كثير، حيث وردت أحاديث في الصيود والذبائح تجيز الأكل منها حال الضرورة، كما وردت أحاديث

---

(١) أخرجه أحمد ٥/٨٧.

(٢) هو محمد بن علي بن محمد الشوكاني . فقيه مجتهد من كبار العلماء باليمن، نشأ بصنعاء وولي قضاءها ومات حاكما بها. توفي سنة ١٢٥٠هـ. من مؤلفاته: «نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار»، و«السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار».

[البدر الطالع ٢/٢١٤، الأعلام ٦/٢٩٨] .

(٣) نيل الأوطار ٨/١٧١.

(٤) ورد هذا الحديث في عدة روايات أخرجها مالك ٨/٧٤٥ في كتاب الأقضية باب القضاء في المرفق رقم الحديث (٣١)، وأحمد ١/٣١٣، وابن ماجة ٢/٧٨٤ في كتاب الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره رقم الحديث (٢٣٤١)، والدارقطني ٣/٧٧ في كتاب البيوع رقم الحديث (٢٨٨) ، والحاكم ٢/٥٨ في البيوع، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

(٥) انظر القاعدة في : درر الحكام ١/٣٦ مادة (١٩) والأشباه والنظائر للسيوطي (٨٣) ، والوجيز (٢٥١).

تبيح مال الغير حال الضرورة، وأحاديث في حال الدفاع عن النفس أو المال أو العرض[1]، وغيرها مما يدل على مراعاة الشريعة للضرورة مراعاة تامة مما يتوافق مع المقصد العام للشريعة وهو دفع الضرر عن الانسان ورفع الحرج والمشقة عنه، وجلب المصلحة له.

(١) انظر نظرية الضرورة الشرعية للدكتور وهبه الزحيلي (٦١ - ٦٥).

المطلب الثالث
شروط تحقق الضرورة

الأخذ بمقتضى الضرورة كما سبق ليس على إطلاقه، إذ لابد من تحقق ضوابط وشروط حتى يصح الأخذ بالضرورة وحكمها، فليس كل من ادعى الضرورة صح له العمل بها.

ولذلك وضع الفقهاء ضوابط وشروطاً للأخذ بمقتضى الضرورة وهي ما يأتي:

أولاً : أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، أي أنه لابد أن تكون الضرورة محققة الوقوع باليقين أو الظن الغالب، فلا يكفي في ذلك التوهم ، بل لابد من تحقق وجود خطر حقيقي على إحدى الضرورات الخمسة: النفس والعقل والدين والعرض والمال، فعندئذ تأخذ الضرورة حكمها.

ويذكر الشاطبي[1] عند كلامه عن الرخص أن أسباب الرخص أكثر ما تكون مقدرة ومتوهمة، لا محققة، فربما يعدها الإنسان شديدة وهي خفيفة في نفسها، فيؤدي ذلك إلى عدم صحة التعبد، ويصير العمل ضائعاً وغير مبني على أصل، وكثيراً ما يشاهد الإنسان ذلك، فقد يتوهم الإنسان أموراً صعبة، وليست كذلك إلا بمحض التوهم، ولو تتبع الإنسان الوهم لرمى به في مهاو بعيدة، ولأبطل عليه أعمالاً كثيرة، وهذا مطرد في العادات والعبادات وسائر التصرفات[2].

---

(١) هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي . أصولي حافظ بارع في الكلام. من أئمة المالكية المحققين. من مؤلفاته «الموافقات في أصول الفقه»، و«الاعتصام». توفي سنة ٧٩٠ هـ .

[نيل الابتهاج (٤٦ – ٤٧) – الأعلام (٧٥/١)] .

(٢) الموافقات ٣٣١/١ – ٣٣٢.

ولذلك وضع الفقهاء هذا الشرط وهو تحقق الضرورة ولو بغلبة الظن، في كلامهم عن الرخص، حيث اشترطوا لتحقق الإكراه خوف المكره إيقاع ما هدد به في الحال بغلبة ظنه(١).

ثانياً : أن تكون مخالفة الأوامر أو النواهي الشرعية متعينة على المضطر، وبمعنى آخر ألا يكون لدفع الضرورة وسيلة أخرى إلا مخالفة الأوامر والنواهي الشرعية.

وفي ذلك يقول الجصاص في تفسير قوله تعالى: **«وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه»** (٢) : (معنى الضرورة هنا هو خوف الضرر على نفسه أو بعض أعضائه بتركه الأكل، وقد انطوى تحته معنيان:

أحدهما : أن يحصل في موضع لا يجد غير الميتة.

والثاني : أن يكون غيرها موجوداً ، ولكنه أكره على أكلها بوعيد يخاف منه تلف نفسه أو تلف بعض أعضائه، وكلا المعنيين مراد بالآية عندنا)(٣).

ثالثاً : ألا تكون مخالفة لمقاصد الشريعة العامة التي دعت إليها من حفظ حقوق الآخرين، وتحقيق مبدأ العدل والقسط، وأداء الأمانة، ودفع الضرر، ونحوها من المقاصد التي جاءت الشريعة لتحقيقها.

فلذلك كان لابد أن تكون الضرورة مستندة إلى القواعد الشرعية، ولا تخالفها بحال، لأنها مصلحة للإنسان، والمصلحة المعتبرة هي التي اعتبرها الشارع الحكيم، فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود مهم من الكتاب والسنة والإجماع، وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع فهي باطلة

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٥/٨٠ ، ومغني المحتاج للشربيني الخطيب ٣/٢٨٩ .

(٢) سورة الأنعام : آية ١١٩.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ١/١٥٠.

مطرحة – كما يقول الغزالي –[١] ومن صار إليها فقد شرع، كما أن من استحسن فقد شرع[٢].

رابعاً : مراعاة قدر الضرورة ، فما أبيح للضرورة يقدر بقدرها، ولذلك قرر جمهور الفقهاء[٣] أن المضطر لأكل الميتة، لا يأكل منها إلا قدر سد الرمق ولا يزيد على ذلك، لأن الضرورة يزول أثرها بمجرد زوالها، فلا يحل أن يستمر المضطر على ممارسة ما تبيحه الضرورة بعد زوالها، فإذا زالت رجع الحكم الأصلي.

ولتأكيد هذا الشرط فقد قرر الفقهاء قاعدة في ذلك وهي قاعدة « ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها » ، وفرعوا لها فروعاً ومنها ما ذكره السيوطي:[٤]

١ – يجوز أخذ نبات الحرم لعلف البهائم، ولا يجوز أخذه لبيعه لمن يعلف.

٢ – الطعام في دار الحرب يؤخذ على سبيل الحاجة لأنه أبيح للضرورة ، فإذا وصل عمران الإسلام امتنع، ومن معه بقية ردها .

---

(١) هو محمد بن محمد بن محمد أحمد الطوسي الغزالي الشافعي ، حجة الإسلام، تفقه على إمام الحرمين وبرع في علوم كثيرة. كان من أذكياء العالم، له مصنفات منتشرة في الأصول والفقه والكلام والحكمة. توفي سنة ٥٠٥ هـ. من مؤلفاته: «إحياء علوم الدين»، و«المستصفى في الأصول».

[البداية والنهاية ١٢/١٨٥ – ١٨٦، سير أعلام النبلاء ١٩/٣٢٢].

(٢) المستصفى للغزالي ١/٣١٠ – ٣١١ .

(٣) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٦) والأشباه والنظائر للسيوطي ٨٤.

(٤) هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي الشافعي . المسند المحقق، صاحب المؤلفات الفائقة النافعة. ختم القرآن دون ثمان سنين. توفي سنة ٩١١هـ. من مؤلفاته: «الأشباه والنظائر» و«الحاوي للفتاوى».

[الضوء اللامع ٤/٦٥ ، شذرات الذهب ٨/٥١] .

٣ – الجبيرة يجب أن لا تستر من الصحيح إلا ما لابد منه للاستمساك[١].

ومن الفروع أيضا :

١ – جواز نظر الطبيب إلى عورة المرأة للمعالجة، ولكن بقدر الحاجة، فتقدر الضرورة هنا بقدرها فيما يتعلق بالكشف والنظر واللمس وغيرها[٢].

٢ – إذا تترس الكفار في حال الحرب بأسرى المسلمين، فيجوز الرمي عليهم لضرورة إقامة الجهاد، ولكن يقصد بالرمي الكفار دون المسلمين[٣].

هذه بعض الأمثلة التي ذكرها الفقهاء ، ومما يزيد هذا الشرط بياناً قوله تعالى: **«فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم»**[٤]، فالباغي هو آكل الميتة فوق حاجته فبغى بذلك، والعادي هو آكل الميتة مع وجود غيرها، كما فسر ذلك جماعة منهم قتادة[٥] والحسن[٦] وعكرمة[٧] وغيرهم[٨].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٤ – ٨٥ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٦).

(٣) الأم ٤/٢٨٧ ، والمغني ٩/٢٣١.

(٤) سورة البقرة آية ١٧٣.

(٥) هو قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسي البصري الأعمى. أحد علماء التابعين. حافظ العصر وقدوة المفسرين والمحدثين. أحفظ أهل البصرة. يضرب به المثل في قوة الحفظ. توفي سنة ١١٧هـ.

[البداية والنهاية ٩/٣٢٥، سير أعلام النبلاء ٥/٢٦٩] .

(٦) هو الحسن بن أبي الحسن يسار البصري مولى زيد بن ثابت. نشأ بالمدينة وحفظ كتاب الله في خلافة عثمان، ولازم العلم والعمل والجهاد. كان عالماً فقيها مأمونا عابداً زاهداً. توفي سنة ١١٠هـ.

[البداية والنهاية ٩/٢٧٨، تذكرة الحفاظ ١/٧١] .

(٧) هو عكرمة مولى ابن عباس. أحد فقهاء مكة من التابعين الأعلام. أصله من بربر. وهب لابن عباس فاجتهد في تعليمه ورحل إلى مصر، وخراسان ، واليمن، وأصبهان، والمغرب وغيرهما . أحد أوعية العلم وقد أفتى في حياة مولاه ابن عباس. توفي سنة ١٠٧هـ.

[البداية والنهاية ٩/٢٥٤، وشذرات الذهب ١/١٣٠] .

(٨) تفسير القرطبي ٢/١٥٥ .

خامساً : أن يراعي المضطر عند دفع الضرورة مبدأ درء الأفسد فالأفسد، فعند تعارض المفسدتين يقدم الأدنى منهما ولا يرتكب الأعلى.

ومثاله من أكره على قتل مسلم فإن لم يفعل قُتل هو ، فإنه يلزمه أن يدرأ مفسدة قتل غيره بالصبر على القتل، لأن صبره على القتل أقل مفسدة من إقدامه عليه، ولذلك اتفق العلماء على تحريم القتل، واختلفوا في الاستسلام للقتل، فوجب تقديم درء المفسدة المجمع على وجوب درئها على درء المفسدة المختلف في وجوب درئها[١].

ومثاله أيضا : إذا اضطر إلى أكل مال الغير أكله ، لأن حرمة مال الغير أخف من حرمة النفس، وفوات النفس أعظم من إتلاف مال الغير ببدل.

وكذلك إذا وجد المضطر إنسانا ميتاً أكل لحمه ، لأن المفسدة في أكل لحم ميت الانسان أقل من المفسدة في فوت حياة الإنسان.

وكذلك لو وجد المضطر من يحل قتله كالحربي، والزاني المحصن، وقاطع الطريق الذي تحتم قتله، واللائط، والمصر على ترك الصلاة، جاز له ذبحهم وأكلهم، إذ لا حرمة لحياتهم ، لأنها مستحقة الإزالة، فكانت المفسدة في زوالها أقل من المفسدة في فوات حياة المعصوم[٢].

سادساً : أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخاف منها تلف النفس أو الأعضاء، كما لو أكره إنسان على أكل الميتة بوعيد يخاف منه تلف نفسه أو تلف بعض أعضائه ، مع وجود الطيبات المباحات أمامه، أو يخاف إن عجز عن المشي وانقطع عن الرفقة، أو عجز عن الركوب ، هلك[٣].

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٧٩/١ .

(٢) قواعد الأحكام ٨٠/١ – ٨١ .

(٣) وهذا الشرط الذي ذكره الفقهاء قريب في معناه من الشرط الثاني .

وهذا مستفاد من لفظة الضرورة ، فهي مأخوذة من الاضطرار ، وهو الحاجة الشديدة ولهذا شرعت الرخص بناء على أعذار الناس، وظروفهم الطارئة، وهذا الاضطرار يتحقق بالمجاعة الشديدة والعطش الشديد والمرض، كما يتحقق بالإكراه التام، فيباح التناول ويحرم الامتناع، حتى لو امتنع حتى مات كان آثما ، لأنه بالامتناع صار ملقياً بنفسه إلى التهلكة، وقد نهى الله تعالى عن ذلك بقوله عز وجل: «**ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة**»(١) وهذا يدخل فيه من امتنع من تناول المحرم عند الاضطرار(٢).

---

(١) سورة البقرة : آية ١٩٥ .

(٢) انظر : الضرورة للدكتور الزيني (٩٠) ونظرية الضرورة الشرعية للدكتور الزحيلي (٦٩ - ٧٠).

المطلب الرابع
قواعد الضرورة

ذكرنا فيما سبق تعريف الضرورة وبينا أن من ضوابطها أن تكون ملجئة، وأن هذا الإلجاء قد يكون بسبب ظروف طارئة أو قوة قاهرة كالمجاعة الشديدة، وقد يكون بفعل الغير كما في الإكراه.

فحينئذ أجاز الشرع تناول المحرم حفظاً للنفس من الهلاك حال الضرورة، ولهذا كانت الضرورات حكماً استثنائيا، وقرر الفقهاء أن القواعد الفقهية يستثنى منها مواطن الضرورات.

فلذلك كان من المهم توضيح القواعد المتعلقة بالضرورة من خلال شرحها وضرب الأمثلة على كل قاعدة حتى يتضح لنا جليا مجالات الضرورة وحالاتها، مما يوضح لنا مفهوم نظرية الضرورة توضيحاً شافياً.

وسأقتصر في هذا المطلب على ذكر هذه القواعد مع شرح موجز وذكر بعض الأمثلة دون الاستطراد في المسائل والتفريعات.

وأهم هذه القواعد ما يلي :

*** قاعدة « المشقة تجلب التيسير » :**

هذه القاعدة تعتبر أصلاً من أصول الشرع، ومبدأ عظيما من مبادئ الشريعة الإسلامية المطهرة التي تقوم على رفع الحرج والمشقة عن المكلفين، والتيسير عليهم وعدم التشديد، والمشقة في اللغة تفيد معنى الضيق والجهد والتعب والعناء والشدة، والتيسير مؤخوذ من اليسر، الذي هو ضد العسر كما

قال تعالى: **(إن مع العسر يسراً)**[١]، واليسر السهولة واللين كما قال صلى الله عليه وسلم: «إن الدين يسر»[٢] أي سهل سمح قليل التشديد[٣] . فيكون معنى التيسير هو التسهيل بعمل لا يجهد النفس ولا يثقل الجسم[٤].

فمعنى القاعدة في اللغة هو : أن الجهد والتعب والعناء والثقل يجيء ويسوق معه اليسر واللين والسهولة[٥].

أما معنى القاعدة في الاصطلاح فمعناها : أن الصعوبة والعناء والشدة التي يجدها المكلف في تنفيذ الحكم الشرعي تصير سبباً شرعياً صحيحاً للتسهيل والتيسير والتخفيف بوجه ما.

وبعبارة أخرى : يجب التوسيع وقت الضيق، وأن التسهيلات الشرعية بتجويز كثير من العقود كالقروض والحوالة والوصية والسلم وغيرها من العقود، كلها مستندة إلى هذه القاعدة،

وقيل في تعريف القاعدة : إن الأحكام التي ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلف ومشقة في نفسه أو ماله، فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو إحراج[٦].

وحتى يتبين المقصود من هذه القاعدة أذكر بعض النقاط المعينة على ذلك:

١ – المشقة التي لا يقدر المكلف على حملها غير مقصودة للشارع، ولا يأمر

---

(١) سورة الشرح : آية ٦ .

(٢) أخرجه البخاري ٢٩/١ في كتاب الإيمان باب الدين يسر . رقم الحديث (٣٩).

(٣) النهاية في غريب الحديث ٢٩٥/٥.

(٤) لسان العرب ٢٩٥/٥ ومعجم مقاييس اللغة ٥٥/٦ مادة «يسر» والمفردات (٥٥١ – ٥٥٢).

(٥) المشقة تجلب التيسير لصالح اليوسف (٤٧).

(٦) الوجيز (١٥٧).

بها، لأنها تكليف بما لا يطاق، وهو مرفوع عن الأمة.

٢ - أن الشارع الحكيم لا يكلف الإنسان بفعل فيه مشقة عظيمة كمشقة الخوف على النفوس والأعضاء، لما في ذلك من إتلاف للبدن أو إضعاف له، وهذا غير مقصود للشارع الذي أمر بحفظ النفس والبدن.

٣ - أن المراد بالمشقة الجالبة للتيسير : هي المشقة التي تنفك عنها التكاليف الشرعية، أما المشقة التي لا تنفك عنها التكاليف الشرعية كمشقة الوضوء في شدة البرد، والصوم في شدة الحر وطول النهار ، ومشقة الجهاد، وألم الحدود، وقتل البغاة والجناة، فلا أثر لها في جلب تيسير ولا تخفيف، كما قال العز بن عبدالسلام:[(١)] (فهذه المشاق كلها لا أثر لها في إسقاط العبادات والطاعات ولا تخفيفها، لأنها لو أثرت لفاتت مصالح العبادات والطاعات في جميع الأوقات أو في غالب الأوقات، ولفات ما رتب عليها من المثوبات الباقيات ، ما دامت الأرض والسموات)[(٢)].

٤ - أن المشقة الخفيفة كأدنى وجع في الأصبع، أو أدنى صداع، أو سوء مزاج خفيف لا يلتفت إليها، ولا أثر لها في التخفيف، وذلك لأن تحصيل منافع العبادة أولى من دفع هذه المشقة اليسيرة التافهة.

٥ - أن المشقات التي تقتضي التخفيف مما لم يرد بشأنها شيء من الشارع هي المشقات التي تكشف العادات والأعراف عن كونها خارجة عن المعتاد، وتؤدي إلى وقوع خلل في العبد في نفسه أو ماله أو حال من أحواله.

---

(١) هو عبد العزيز بن عبد السلام المشهور بسلطان العلماء ، الشافعي ، برع في الأصول والفقه والعربية، وجمع بين فنون العلم، وبلغ رتبة الاجتهاد. توفي بمصر سنة ٦٦٠ هـ . من مؤلفاته: «قواعد الأحكام في مصالح الأنام »، و« الفتاوي الموصلية » .

[شذرات الذهب (٥/٣٠١ - ٣٠٢) - البداية والنهاية (١٣/٢٤٨ - ٢٤٩)] .

(٢) قواعد الأحكام ٢/٧.

٦ - أن المشقات التي جرت العادة بين الناس أن يتحملوها ويداوموا عليها كالمشقة الحاصلة بالصوم والحج والزكاة، وغيرها من التكاليف الشرعية: يمكن احتمالها والاستمرار عليها، لأنه ما من تكليف إلا وفيه مشقة محتملة، ولو كانت كل التكاليف يسراً خالصاً لم يوجد عصاة ولا مخالفون.

٧ - أن المرجع في تحديد ضابط المشقة المعتبرة في التخفيف التي لا حد لها ولا ضابط في الشرع: هو العرف(١)، وقال بعض الفقهاء: بل يرجع في ذلك إلى قواعد الشرع، وتحديد هذا الضابط يختلف فيما بين العبادات والمعاملات.

ففي العبادات الأولى في ضبط مشاقها كما يذكر العز بن عبد السلام: أن تضبط مشقة كل عبادة بأدنى المشاق المعتبرة في الشرع في تخفيف تلك العبادة، فإن كانت مثلها أو أزيد ثبتت الرخصة بها، وإن كانت أدنى أو أقل منها لم يثبت الترخيص بها(٢).

فيكفي مثلا في الترخيص بالفطر أن يتضرر الصائم بالصوم تضرراً يمنعه من ممارسة تصرفاته المعتادة، ويكفي في إباحة المحظورات أثناء الإحرام وجود عذر أو مرض كالتأذي بالقمل كما في حديث كعب بن عجرة عندما أباح له النبي صلى الله عليه وسلم حلق رأسه وهو محرم لتأذيه بالقمل(٣).

ويكفي في إباحة القعود في الصلاة ما يضعف الخشوع الواجب في الصلاة إذا صلى قائماً.

---

(١) انظر الموافقات ١١٩/٢ ، وقواعد الأحكام ٧/٢ - ١٢ ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية للدكتور يعقوب الباحسين (٤٣٠) .

(٢) قواعد الأحكام ١٢/١ .

(٣) الحديث أخرجه البخاري ١٣٣/٣ في كتاب المغازي باب غزوة الحديبية. رقم الحديث (٤١٩٠) ، ومسلم ٨٥٩/٢ في كتاب الحج باب جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى . رقم الحديث (١٢٠١).

أما في المعاملات فيقتصر في إسقاط المسئولية فيها على أقل ما تصدق عليه حقيقة الشرط الذي تقتضيه حقيقة المعاملة أي : أنه يكتفي في تنفيذ الشرط بأقل ما يسمى شرطاً ينطبق على المتفق عليه.

فلو عقد شخص مع آخر عقد سلم واشترط أوصافاً معينة في المسلم فيه المبيع، فإنه يحمل على أقل شيء يحقق معنى الشرط أو مسماه ، ولا يشترط توفر مرتبة معينة من الأوصاف المتفق عليها[١].

*** قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» :**

هذه القاعدة من القواعد المهمة المندرجة تحت قاعدة «الضرار يزال»، وأصلها قوله تعالى: **«وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه»**[٢] وقوله تعالى: **«فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه»**[٣].

ومعنى القاعدة : أن الممنوع شرعاً يباح عند الضرورة وهي الحاجة الشديدة. فعند وجود الحاجة الشديدة والاضطرار يجوز تناول الممنوع شرعاً.

وهذه القاعدة لها أمثلة كثيرة منها :

١ – جواز أكل الميتة ولحم الخنزير وما كان محرماً عند المجاعة الشديدة حفاظا للنفس من الهلاك.

٢ – جواز التلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه.

٣ – جواز إتلاف مال المسلم عند الاضطرار الملجيء.

٤ – جواز أخذ رب الدين من مال المدين الممتنع من أداء الدين بغير إذنه إذا ظفر بجنس حقه.

---

(١) قواعد الأحكام ١٢/١ – ١٣ ونظرية الضرورة للزحيلي ٢١٥ – ٢١٧.

(٢) سورة الأنعام : آية ١١٩.

(٣) سورة البقرة : اية ١٧٣.

٥ - لو عم الحرام قطراً بحيث لا يوجد فيه حلال إلا نادرا، فإنه يجوز استعمال ما يحتاج إليه، ولا يقتصر على الضرورة[١].

٦ - جواز دخول المنازل بغير إذن أصحابها في حالات الضرورة، كالدخول لقتال العدو منها.

٧ - جواز دفع الصائل حيواناً كان أم إنسانا إذا هجم على الشخص حتى ولو أدى ذلك إلى قتله.

٨ - جواز تخريب شجر الأعداء ، وتخريب ديارهم، وتحريقهم، وتغريقهم، وضربهم بوسائل القتل الثقيلة إذا اقتضت الضرورة أو الحاجة الحربية لذلك لدفع عدوانهم، أو الظفر بهم.

٩ - جواز اتخاذ وسائل منع الحمل لتنظيم النسل، وذلك من أجل المحافظة على حياة الأم وصحتها، أو عدم إهمال تربية الأولاد، أو عدم العناية بهم، ويكون بعد الرجوع إلى أهل العلم الشرعي، واستشارة ذوي الاختصاص من الأطباء، ورضا الزوجين بذلك[٢].

*** قاعدة : « إذا ضاق الأمر اتسع » .**

هذه القاعدة مندرجة تحت قاعدة « المشقة تجلب التيسير» ومعنى القاعدة: أنه إذا طرأت مشقة وتضايق الناس أو المرء من حكم شرعي في الأحوال العادية، جاز لهم الترخيص في الأحكام، وعدم التزام القواعد العامة المطردة، وخفف عليهم بأخذ الأيسر والأيسر مادام هناك حرج وضيق.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٥) والأشباه والنظائر للسيوطي (٨٤) ونظرية الضرورة للزحيلي (٢٢٧).

(٢) القواعد الفقهية الكبرى للدكتور صالح السدلان (٢٦٣) ورفع الحرج (٤٤٢).

ويفهم منها : أنه إذا وجد أو شوهد ضيق ومشقة في فعل أو أمر يجب إيجاد رخصة وتوسعة لذلك الضيق، فلإزالة المشقة تجوز الأشياء الممنوعة قياساً، والمغايرة للقواعد[1].

وهذه القاعدة كما أنها مندرجة تحت القاعدة الكلية « المشقة تجلب التيسير » فهي ذات علاقة وارتباط أيضاً بقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» لأنه إذا طرأ ظرف استثنائي أو حصلت ضرورة عارضة للشخص أو الجماعة وأصبح الحكم الأصلي المشروع للحالات العادية محرجا للمكلفين، ومرهقا لهم حتى يجعلهم في ضيق من التطبيق، فإنه يخفف ويوسع عليهم حتى يسهل مادامت تلك الضرورة قائمة، فإذا انفرجت الضرورة وزالت عاد الحكم إلى أصله[2].

ومن فروع هذه القاعدة :

١ - المدين إن كان معسراً ولا كفيل له بالمال، يترك إلى وقت الميسرة، وإذا لم يقدر على إيفاء الدين جملة يساعد على تأديته مقسطاً.

٢ - الأعذار الموجبة لفسخ الإجارة دفعاً للضرر عن المستأجر أو المؤجر.

٣ - يتسامح في الطهارات في قليل من النجاسات والدم مما يشق الاحتراز عنه.

٣ - يباح للمرأة المعتدة عند وفاة زوجها أن تخرج من بيتها أثناء العدة إذا اضطرت لاكتساب معيشتها.

٥ - جواز الإجارة على الطاعات كتعليم القرآن والأذان والإمامة حفظاً

---

(١) درر الحكام ٣٦/١ مادة «١٨».

(٢) الوجيز (٢٣٠).

لشعائر الإسلام من الضياع.

٦ – جواز دفع السارق أو الباغي ما أمكن، إلى أن يندفع شره ولو بالقتل.

٧ – إذا فقدت المرأة وليها في سفر، فولت أمرها رجلاً يجوز كما ذكر ذلك السيوطي عن الشافعي.

٨ – شهادة القابلة على الولادة لضرورة حفظ الولد ونسبه[١].

*** قاعدة « ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها » :**

يقصد بهذه القاعدة : أن الشيء الذي يجوز بناءً على الضرورة ، يجوز إجراؤه بالقدر الكافي لإزالة تلك الضرورة فقط، ولا يجوز استباحة أكثر مما تزول به الضرورة[٢].

وهذه القاعدة هي قيد لقاعدة « الضرورات تبيح المحظورات » ، وفائدة هذا التقييد هو التنبيه على أن ما تدعو إليه الضرورة من المحظورات إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب، فإذا اضطر الإنسان لمحظور فليس له أن يتوسع في المحظور، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط.

وهذا يؤكد معنى الشق الثاني من القاعدة السابقة وهو «وإذا اتسع الأمر ضاق».

وفي ذلك يقول الشافعي : (كل ما أحل من محرم في معنى لا يحل إلا في

---

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي (٨٣) وشرح القواعد الفقهية للزرقا ١١١ – ١١٢، ونظرية الضرورة للزحيلي (٢٢٢).

(٢) درر الحكام ١/٣٨ مادة «٢٢».

ذلك المعنى خاصة، فإذا زايل ذلك المعنى عاد إلى أصل التحريم، مثلا: الميتة المحرمة في الأصل المُحَلَّة للمضطر، فإذا زايلت الضرورة عادت إلى أصل التحريم)[١].

ومن فروع هذه القاعدة :

١ – لو أن شخصاً كان في حالة الهلاك من الجوع، يحق له اغتصاب ما يدفع جوعه من مال الغير، لا أن يغتصب كل شيء وجده مع ذلك الغير.

٢ – يجوز البيع بخيار التعيين في شيئين أو ثلاثة لا أزيد، كأربعة أشياء أو خمسة، إذ لا ضرورة تدعو للزيادة لأن ما أبيح للضرورة إنما يتقدر بقدرها.

٣ – لو أحدث شخص نافذة تشرف على مقر نساء الجيران، فيؤمر بإزالة الضرر عن الجار بصورة تمنع الضرر فقط، ولا يجبر صاحب النافذة على سدها بالكلية[٢].

٤ – الجائع المضطر لا يأكل من الميتة إلا بقدر سد الرمق.

٥ – الطعام في دار الحرب يؤخذ على سبيل الحاجة لأنه أبيح للضرورة، فإذا وصل إلى بلاد الإسلام امتنع ورد ما فضل منه إلى الغنيمة.

٦ – الجبيرة في موضع الجراحة يجب ألا تستر من الجزء الصحيح إلا ما لابد منه للاستمساك.

٧ – عند الشافعية لا يجوز تزويج المجنون أكثر من واحدة لاندفاع الحاجة بها[٣]

---

(١)انظر الحاوي ١٥/١٦٣.

(٢) درر الحكام ١/٣٨ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (٨٤ – ٨٥) ، والأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٦) .

٨ - إذا ظهر للحاكم مماطلة مدين في أداء دينه - مع اقتداره - وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه، حجر الحاكم عليه ماله، وأمره ببيعه لايفاء الدين، وإذا امتنع باع عليه الحاكم بدءاً بما هو أهون في حق المدين بتقديم النقود أولاً، فإن لم تف بسداد الدين باع العروض، فإن لم تف باع العقار، لأن الضرورة تقدر بقدرها[١].

*** قاعدة « ما جاز لعذر يبطل بزواله » :**

وهذه القاعدة قريبة في المعنى من القاعدة السابقة ومكملة لها، إذ القاعدة السابقة يعمل بها أثناء قيام الضرورة، أما هذه القاعدة فتبين ما يجب فعله بعد زوال حال الضرورة[٢].

ومعنى القاعدة : أن الأشياء التي تجوز بناء على الأعذار والضرورات، إذا زالت تلك الأعذار والضرورات بطل الجواز فيها[٣].

ومن فروع هذه القاعدة :

١ - الشهادة على الشهادة إنما جوزت بناء على عدم تمكن الشاهد الأصيل من حضور مجلس الحكم لمرض مقعد أو غيبة بعيدة. فإذا شفي الشاهد الأصيل من مرضه أو حضر الغائب من غيبته، لا تجوز الشهادة على الشهادة.

٢ - يحق للمستأجر فسخ الإيجار إذا حصل عيب حادث في المأجور، لكن إذا كان المؤجر قبل فسخ الإيجار أزال ذلك العيب فلا يبقى محل لفسخ الإيجار.

---

(١) الوجيز (٢٣٩).

(٢) نظرية الضرورة للزحيلي (٢٥٤).

(٣) درر الحكام (١/٣٩) مادة «٢٣».

٣ – يبطل التيمم إذا قدر على استعمال الماء، فإن كان لفقد الماء بطل بالقدرة عليه، وإن كان لمرض بطل ببرئه، وإن كان لبرد بطل بزواله[١].

٤ – من أبيح له الفطر في رمضان بسبب السفر أو المرض، ومن جاز له استعمال الرخص الشرعية كقصر الصلاة وترك الجمعة والجماعة بسبب السفر أو المرض، ومن أذن له في إخراج الفدية عن رمضان بسبب الهرم أو العلة المزمنة، ومن أبيح له التناول من المحظورات للاضطرار، ومن قبلت إشارته في المعاملات بسبب الخرس، ثم زالت الأسباب الموجبة المذكورة، طولب الشخص بالأحكام العامة الأصلية، ولم يسمح له بالأحكام الاستثنائية، فيجب الصيام عندئذ، ويتم الصلاة ويأكل من الطيبات المباحات[٢].

*** قاعدة « الاضطرار لا يبطل حق الغير » :**

هذه القاعدة تعتبر قيداً لقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» ، لأن الاضطرار وإن كان في بعض المواضع يقتضي تغيير الحكم من الحرمة إلى الإباحة، وفي بعضها يقتضي الترخيص في فعله مع بقاء حرمته ككلمة الكفر، إلا أنه على كل حال لا يبطل حق الآخرين، وإلا كان من قبيل إزالة الضرر بالضرر وهو غير جائز[٣].

ويفهم من هذه القاعدة أنه لو أصاب إنسان مال الغير بناء على الاضطرار الذي يجوز له التصرف بمال الغير، فلا تكون الإصابة الناشئة عن الاضطرار سبباً لأن يكون المتلف غير ضامن، بل يجب على المستهلك أو المتلف أن يضمن قيمة المال المتلف[٤].

---

(١) درر الحكام ١/٣٩ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٦) والأشباه والنظائر للسيوطي (٨٥).

(٢) نظرية الضرورة للزحيلي (٢٥٥).

(٣) الوجيز (٢٤٤).

(٤) درر الحكام ١/٤٣ مادة «٣٣».

ومن أمثلة هذه القاعدة :

١ - لو أن شخصاً جاع جوعاً شديداً وأصبح عرضة للتلف أي للموت، فله الحق بأن يأخذ من طعام الغير ما يدفع به جوعه بدون إذن صاحب المال، إلا أنه يجب عليه من الجهة الأخرى أن يضمن قيمة المال المتلف إذا كان من القيميات، ومثله إذا كان من المثليات، فلا يكون الاضطرار على استهلاك المال سبباً للتخلص ودفع قيمته، فالاضطرار وإن أباح للمضطر تناول وإتلاف مال الغير دون أن يترتب عليه عقاب، فإنه لا يكون سبباً للخلاص من الضمان(١).

٢ - لو قتل حيواناً لغيره في مخمصة ليحيي به نفسه جاز وعليه الضمان، ولو اضطر إلى قتل صيد وهو محرم فقتله في المخمصة ليحيي به نفسه ضمنه، ولو أشرفت السفينة على الغرق فألقى متاع غيره ليخففها ضمنه(٢).

٣ - لو هجم جمل صائل على شخص وأصبحت حياته مهددة فله إتلاف الجمل تخليصاً لحياته من يد الهلاك، إلا أنه يجب عليه أن يدفع قيمة الجمل لصاحبه.

٤ - إذا استأجر شخص قارباً ساعة من الزمن، وبعد أن وصل إلى عرض البحر انقضت الإجارة، فيجب على الراكب أن يبارح القارب في الحال بمقتضى العقد، إلا إذا رضي المؤجر أن يؤجره مدة ثانية، ولكن بما أنه يوجد هنا اضطرار، فصاحب السفينة مجبر على أن يبقي المستأجر في القارب حتى يخرج به إلى البر، ولكن هذا الإجبار لا يمنع المؤجر من أن يطالب المستأجر بدفع أجرة المثل عن المدة الزائدة(٣).

---

(١) درر الحكام ٤٣/١ .

(٢) القواعد لابن رجب الحنبلي (٣٧) قاعدة «٢٦» .

(٣) درر الحكام ٤٣/١ .

هذه بعض القواعد المتعلقة بالضرورة، ويلاحظ أنها قواعد عامة وليست مطردة لا استثناء منها، بل هي قواعد أغلبية تشمل أحكاماً جزئية، وفي كل منها استثناءات وتفصيلات فرعية قد تخرج عن نطاق القاعدة العام.

وهذا القول وهو عدم اطراد القواعد الفقهية قال به بعض العلماء[١] ، والقول بأنها غير مطردة وأكثرية كان بسبب ما في هذه القواعد الفقهية من المستثنيات، إلا أن بعض الباحثين يرى أن ذلك لا يهدم كلية القاعدة، إذ أن أكثر المستثنيات التي ذكرت لم تكن داخلة في القواعد التي قيل باستثنائها منها، لافتقادها بعض شروط دخولها فيها، أو أنها داخلة في قاعدة أخرى، كما أن وجود مستثنيات قليلة لا يخدش كلية القواعد الاستقرائية التي منها القواعد الفقهية[٢]. والله أعلم .

---

(١) عرفها الحموي بقوله : (حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه) غمز عيون البصائر ٥١/١.

(٢) انظر رفع الحرج ١٢ – ١٣.

المبحث الثالث

التعريف بنظرية الظروف الطارئة

الكلام في هذا المبحث عن تعريف موجز لنظرية الظروف الطارئة، من حيث تعريف النظرية لغة واصطلاحاً، وتقسيمات الظروف الطارئة، والشروط فيها، ثم آثارها .

وليس المقصود من هذا البحث التوسع في التعريف بالنظرية إذ ليس المجال هنا دراسة قانونية للنظرية، بل المقصود إعطاء فكرة عامة للنظرية حتى تتصور تصوراً عاما فتتضح صلتها بمبدأ وضع الجوائح.

المطلب الأول
تعريف الظروف الطارئة

أكثر من تكلم عن الظرف الطارئ يجنح إلى ذكر الأمثلة التطبيقية للظروف الطارئة كالحروب والزلازل والأوبئة وغيرها من الظروف، دون تحديد تعريف واضح للظرف الطارئ.

ويمكن تعريف الظرف الطارىء بأنه حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية، أو واقعة مادية عامة أيضا لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد، ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، وإن لم يصبح مستحيلا[(١)].

هذا هو تعريف الظرف الطارىء، وبه يمكن تعريف نظرية الظروف الطارئة على وجه الإجمال، ومفاد النظرية حسبما وضع أصولها وقواعدها الفقه والقضاء الإداري، أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف، أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد الذي وقع عليه الضرر أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها، فيعوضه تعويضاً جزئياً، وبذلك يضيف إلى

(١) الوجيز في نظرية الظروف الطارئة لمحمد عبد الرحيم عنبر (١٩) – ودروس في النظرية العامة للالتزام للدكتور توفيق حسن فرج (١٨٧ – ١٨٨) .

التزامات المتعاقد معه التزاما جديدا لم يكن محل اتفاق بينهما[١].

ويذكر بعض القانونيين أن فكرة هذه النظرية تتلخص في أن هناك عقوداً يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال، ويحصل عند حلول أجل التنفيذ أن تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعاً، فيصبح تنفيذ الالتزام شاقاً على المدين ومرهقاً له إلى الحد الذي يجعله مهدداً بخسارة فادحة، وهذا الأمر يجيز للقاضي التدخل، فيوزع تبعة هذا الحادث على عاتق الطرفين، وبذلك يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[٢].

ويمثل لذلك بأن يتعهد شخص بتوريد سلعة على أساس الظروف الاقتصادية القائمة وقت إبرام العقد، ثم يحدث حادث غير متوقع كقيام حرب مفاجئة أدت إلى تعذر ورود هذه السلعة من الخارج، وترتب على ذلك ارتفاع فاحش في الأسعار، بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد بالسعر المتفق عليه أمراً ينذر بخسارة فادحة تجاوز الحد المألوف في مثل هذه الحالة، وحينئذ يجوز للقاضي أن يعدل التزام المدين بحيث يقف به عند الحدود المعقولة[٣].

مما سبق يتضح لنا أن هذه النظرية تعالج اختلال التوازن عند تنفيذ العقد، إذ أنها تعالج عاقبة حادث لا يد فيه لأي من المتعاقدين ، ولهذا كان أثرها توزيع تبعة هذا الحادث على عاتق الطرفين.

كما أنها تحقق توازنا إلى حد ما بين التنفيذ العيني للعقد وتنفيذه بطريق التعويض، ففي هذا النوع الأخير من التنفيذ لا يلزم المدين إلا بتعويض الضرر

---

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية للدكتور سليمان الطماوي (٦٦٦ – ٦٦٧).

(٢) آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية للدكتور عبدالحكم فوده (٢٦).

(٣) النظرية العامة للالتزام للدكتور سمير عبد السيد والدكتور نبيل ابراهيم (٢٢٢) والظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقود الإدارية للدكتور علي محمد علي عبد المولى (١٥٦).

الذي كان يمكن توقعه وقت التعاقد، وهذه النظرية تقرب المدين في التنفيذ العيني من القدر الذي كان يمكن توقعه وقت العقد(١).

هذا هو تعريف موجز لنظرية الظروف الطارئة ، والذي يمكن من خلاله معرفة أنواع الظروف الطارئة فقد تكون :

١ - حوادث طبيعية كالزلازل والبراكين والفيضانات والسيول والأوبئة والعواصف.

٢ - فعلاً إنسانيا مثل الحروب والثورات والانقلابات ، والاضرابات.

٣ - واقعة مادية بحتة ، مثل إصابة المحاصيل بالآفات الزراعية، وغارات الجراد، ونزول المطر، والأمراض التي تحدث بسبب ظروف التعامل فيها.

٤ - إجراءا تشريعيا أو إداريا ، مثل صدور القوانين الاجتماعية بزيادة الأجور والمرتبات، وصدور القوانين الاقتصادية بزيادة الأسعار، أو فرض الضرائب الجديدة، أو زيادة فئات الضرائب القديمة، ومثل صدور القرارات الإدارية بالاستيلاء على بعض المواد، أو بتقييد الحصص التي يجوز التعامل فيها.

هذا وقد ساعدت العلوم التطبيقية على توسيع رقعة هذه الظروف، فشملت أنواعاً أخرى لم تكن معروفة من قبل، مثل انتشار الإشعاع الذري، وتلوث البيئة ، وانتشار الغازات السامة، وكلها قد تكون ظروفاً طارئة تؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذ الالتزام العقدي(٢).

---

(١) آثار الظروف الطارئة (٢٦ - ٢٧) ودروس في النظرية العامة للالتزام (١٨٨).

(٢) الوجيز (٢٠) وانظر في تعريف النظرية : أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية للدكتور مجدي المتولي (٤٧)، ونظرية الجوادث الطارئة لأسعد الكوراني (٢١٧) ونظرية الحوادث الطارئة لعادل علوية (٢٤٨).

المطلب الثاني
تقسميات الظروف الطارئة

الكلام حول تقسيمات الظروف الطارئة اصطلاحي وليس نصي، ولا مشاحة في الاصطلاح، وبسبب تعدد صور الظروف الطارئة، وتغيرها وزيادتها المستمرين فإنه يصعب حصر هذه التقسيمات.

ولكن كما ذكرت هو اصطلاح ، ومن باب التوضيح يمكن أن نورد بعض هذه التقسيمات:

أولاً : ظروف بسيطة وأخرى مركبة:

كثيرا ما يحدث أن يكون الظرف الطارئ حادثة أو واقعة معينة كزلزال أو فيضان، وفي هذه الحالة يمكن أن نسمي هذا الظرف الطارئ بالظرف البسيط.

ولكن قد يحدث ألا تكون هناك واقعة بعينها مسئولة عن جعل تنفيذ الالتزام القانوني مرهقاً، فقد تتضافر مجموعة من الأحداث أو الوقائع في إحداث هذه النتيجة، وفي هذه الحالة يكون الظرف الطارئ مركباً.

ومن خصائص الظرف المركب أنه ينظر إليه في مجموعه عند التحقق من الأوصاف القانونية للظرف الطارئ كالاستثنائية والعمومية، فإذا تخلف وصف عن هذه الأوصاف بالنسبة لواحد أو أكثر من العناصر الداخلة في تركيب الظرف، فإن المجموع ككل يفقد صفته كظرف طارئ، كما يتعين من ناحية أخرى إثبات رابطة السببية بين كل عناصر الظرف المركب والإرهاق الذي لحق بالمدين عند تنفيذ الالتزام، فإذا تخلف إثبات هذه الرابطة في عنصر أو أكثر من هذه

العناصر، فإن المجموع المركب يفقد صفته كظرف طارئ، إذ الغرض أن جميع العناصر قد ساهمت في جعل هذا الالتزام مرهقاً بالنسبة للمدين[١].

ثانيا : ظروف طارئة إيجابية وأخرى سلبية :

قد يكون الظرف الطارئ واقعة ايجابية مثل انتشار دودة القطن، وزحف أسراب الجراد، وقيام الحروب والاضطرابات، وقد يكون سلبيا مثل عدم نزول المطر، أو عدم ظهور الزرع وإدراكه.

وتتضح أهمية التفرقة بين الظرف الإيجابي والظرف السلبي من ناحية عبء الاثبات، إذ يمكن للمدعي إثبات الظرف الإيجابي بإقامة الدليل على الواقعة الايجابية ذاتها، أما الظرف السلبي فيصعب إثباته إلا بإقامة الدليل على واقعة إيجابية منافية له، وبذلك تتضح سلبيته عن طريق مفهوم المخالفة[٢].

ثالثاً : ظروف طارئة حادثة وأخرى غير حادثة:

يقصد بالظروف الطارئة الحادثة تلك التي تتمثل في الحوادث العنيفة أو الثائرة التي تقع بشكل مفاجئ مثل اندلاع حرب ، أو قيام ثورة، أو سقوط شهب وصواعق محرقة، أو تدفق السيول.

أما الظروف الطارئة غير الحادثة فتتمثل في التغييرات البطيئة ، والتي تحدث بصورة تدريجية في الزمن، مثل ارتفاع أو انخفاض قيم الأشياء والنقود، ففي هذه الحالة الأخيرة لا نكاد نتبين حادثة أو واقعة محددة ينتج عنها هذا الارتفاع أو

---

(١) نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي لمنصور نصر عبد الحميد قموح (١٢١) .

(٢) الوجيز (٢٣).

الانخفاض في القيمة، وإنما يحدث هذا الأثر تدريجيا بسبب تقادم العهد[١].

والفارق الأساسي بين الظروف الحادثة والظروف غير الحادثة هو أن الأول ترتب نتائجها عادة وقت وقوعها أو بعد ذلك بفترة قصيرة، أما الظروف غير الحادثة فلا ترتب نتائجها إلا بعد أن يمضي وقت طويل نسبياً، كما في قضية قناة كروبون عندما قضت محكمة استئناف إكس بدفع الأجرة التي أصبحت تافهة القيمة، لم يكن الظرف غير الحادث قد بلغ هذه النتيجة إلا بعد انقضاء ثلاثة قرون.

ولهذا فإن البعض قد أخطأ حينما أطلق على هذه الظروف اسم الحوادث الطارئة، إذ ليس ثمة حوادث، وإنما هناك فقط ظروف غير حادثة، وعبارة الحوادث الطارئة إذا صدقت بالنسبة للظروف الحادثة فإنها لا تصدق بالنسبة للظروف غير الحادثة، كذلك فإن عبارة «الظروف الطارئة» تبدو أكثر دقة، لأن كلمة «ظرف» تحتمل ما هو حادث وما هو غير حادث من الظروف[٢].

رابعا : ظروف طارئة دائمة وأخرى مؤقتة:

قد يكون الظرف الطارئ واقعة ذات أثر دائم فيسمى «ظرفا طارئا دائما»، وقد يكون الظرف الطارئ واقعة ذات أثر مؤقت فيسمى «ظرفا طارئاً مؤقتا».

ومثال الظروف الطارئة الدائمة صدور تشريع يرفع من أجور العمال، أو يزيد من أسعار السلع والحاجيات مثلا، ومثال الظروف الطارئة المؤقتة حظر استيراد سلعة معينة لمدة محددة ، وإضراب عمال المصانع لفترة معينة.

---

(١) أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي للدكتور حسين الغزاري (٢٩٥) .

(٢) نظرية الظروف الطارئة لمنصور نصر (١٢٢ - ١٢٣) والوجيز (٢٣ - ٢٤).

وتظهر أهمية هذا التقسيم من ناحية الجزاء ، فبينما يكون الجزاء عادة في الظروف الطارئة الدائمة تعديل مضمون الالتزام فإن الجزاء عادة في الظروف الطارئة المؤقتة يكون تأجيل الوفاء إلى حين زوال أثر الظرف الطارئ، ودون المساس بمضمون الالتزام(١).

---

(١) نظرية الظروف الطارئة لمنصور نصر (١٢٣).

المطلب الثالث

شروط النظرية

يلزم لكي تنطبق نظرية الظروف الطارئة توافر شروط معينة، وتتعلق هذه الشروط بالعقد الذي تثار النظرية في شأنه، وبطبيعة الظرف الطارئ، وبالمتعاقد نفسه، وبالأثر المترتب على الحدث الطارئ.

ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى أربعة أنواع: شروط خاصة بالعقد، وشروط خاصة بالظرف الطارئ، وشروط خاصة بالمتعاقد وشروط خاصة بأثر الحادث الطارئ.

أولا : الشروط الخاصة بالعقد :

الشرط الأول : شرط التراخي :

بالنسبة للعقود التي تنطبق النظرية بشأنها : فهي لا تنطبق إلا على العقود التي يتراخى تنفيذها، وهو ما يسمى بشرط التراخي، ومقتضى هذا الشرط أن تمر فترة زمنية بين لحظة إبرام العقد، وبين اللحظة التي يبدأ فيها تنفيذه.

وطبقا لهذا الشرط ينبغي ألا يكون تنفيذ العقد واجبا فور قيام العقد، وإنما لابد أن يتراخى هذا التنفيذ إلى وقت مستقبل.

وتتبع هذه الأهمية لشرط التراخي من ناحيتين أولاهما: ضرورة أن يمتد تنفيذ العقد في المستقبل حتى يجد الظرف الطارئ مجالا للإخلال بالالتزامات المترتبة على العقد، ثانيهما: أن يكون هناك متسع من الوقت يجعل هذا الظرف يؤثر على الالتزام العقدي قبل تمام تنفيذه.

BIBLIOTHECA ALEXANDRINA
مكتبة الاسكندرية

فمما لا شك فيه أن التراخي في تنفيذ العقد يمنح فرصة أكبر لتغير الأداءات بسبب تغير الظروف[١].

وإذا كانت هذه القاعدة - وهي اشتراط التراخي - هي الغالبة، فليس ثمة ما يمنع من تطبيق النظرية متى توافرت شروطها إذا كان العقد غير متراخ، وطرأت الحوادث الاستثنائية عقب إبرامه مباشرة، وإن كان ذلك نادر الوقوع عملا[٢].

الشرط الثاني : أن يكون العقد محدداً القيمة:

هناك من العقود ما تكون آثارها محددة القيمة منذ لحظة إبرامها بحيث يستطيع كل من المتعاقدين أن يحدد وقت التعاقد ما له وما عليه، ويطلق على هذه العقود: المحددة القيمة.

وهناك من العقود ما تكون آثارها غير محددة القيمة بحيث لا يستطيع أي من المتعاقدين وقت التعاقد أن يحدد ما يأخذه أو ما يعطيه، ويطلق عليها العقود الاحتمالية، مثل عقد التأمين على الحياة أو على الأشياء، وكذلك عقود البيع الذي يكون الثمن فيها محدداً على شكل إيراد يدفعه المشتري للبائع مدى حياته.

والعقود المحددة القيمة لم يحدث فيها خلاف في شأن تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة عليها، وإنما وقع الخلاف في العقود الاحتمالية، فمنهم من يرى انطباق النظرية عليها ومنهم من يرى عدم انطباق النظرية عليها[٣].

---

(١) نظرية الظروف الطارئة لمنصور نصر (١٤٨).

(٢) الأسس العامة للعقود الإدارية (٦٨٢).

(٣) نظرية الظروف الطارئة لأسعد الكوراني (٢٢٩) ودروس في النظرية العامة للالتزام د. توفيق حسن (١٨٨)، وينظر نظرية الظروف الطارئة لمنصور نصر (١٥٩).

ثانيا : الشروط الخاصة بالظرف الطارئ :

نصت المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي على أنه (إذا طرأت بعد العقد وقبل تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة... الخ)[١].

ويفهم من هذا النص أن الظرف الطارئ يشترط فيه أن يكون ظرفاً استثنائياً وأن يكون عاماً.

أما الشرط الأول وهو كون الحادث استثنائيا ، فيقصد بالحادث الاستثنائي الحادث الذي يندر حصوله بحيث يبدو شاذاً بحسب المألوف من شئون الحياة، فلا يعول الرجل العادي عليه ولا يدخل في حسبانه، كالحروب، والزلازل، والحرائق، وانتشار الأوبئة، والسيول العنيفة، وغارات الجراد، والتهام المحصول بالدود بشكل غير معهود، وفرض التسعيرة الجبرية ورفعها، إلى غير ذلك كله من النوازل والأحداث.

وليس يلزم أن يكون الحادث الاستثنائي قد وقع نتيجة آفة سماوية ، أو نتيجة أية واقعة مادية أخرى، بل إنه يعتبر كذلك، وينهض بالتالي سبباً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى لو كان ناجما عن صدور تشريع جديد.

وأما الشرط الثاني وهو كون الحادث عاماً فمعناه أنه لا يكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث الاستثنائي الذي وقع خاصاً بالمدين وحده ، مهما كانت فداحته ، أو خاصاً به وبقلة من الناس ، بل لابد أن يكون الحادث عاماً. فلا يسوغ للمدين مثلا أن يتذرع في سبيل الوصول إلى تعديل آثار العقد بمرض أصابه، أو بموت ابنه، أو بحريق التهم داره وحدها، ولا يلزم بالضرورة أن

---

(١) مجلة القضاء والقانون (٢٧٤).

يكون الحدث شاملاً للناس جميعهم، فكل ما يتطلب هنا هو أن يكون المدين قد شارك غيره من جمهرة الناس في كونه ضحية الحادث الذي وقع، فالحريق الذي يلتهم مدينة مثلاً أو حياً منها يمكن أن يعتبر ظرفاً طارئاً، وكذلك الشأن بالنسبة إلى الحادث الذي يلحق طائفة معينة من التجار أو منتجي إحدى السلع[١].

ثالثاً : الشروط الخاصة بالمتعاقد :

هناك شروط خاصة بالمتعاقد من حيث عدم توقعه لحدوث الحادث الطارىء ومن حيث خروج هذا الحادث عن إرادة المتعاقد، ومن حيث عدم إمكانية دفع هذا الحادث أو تحاشيه، وبيان هذه الشروط كالتالي:

١ - لابد أولاً أن يكون الظرف الطارىء غير متوقع ولا يمكن دفعه كما نصت على ذلك المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي : (إذا طرأت بعد العقد وقبل تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه)[٢].

وهذا هو الشرط الجوهري الذي سميت النظرية باسمه ، ذلك أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد، فإذا قصر في ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره.

أما ما يجب أن يؤمن المتعاقد ضده فهو الظرف الذي يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان المتعاقدان[٣].

---

(١) آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية د. عبد الحكم فوده (٤٨ - ٥٠) وينظر النظرية العامة للالتزام د. سمير عبدالسيد ود. نبيل ابراهيم (٢٢٤) والوجيز (٤٤).

(٢) مجلة القضاء والقانون (٢٧٤).

(٣) الأسس العامة للعقود الإدارية (٦٧٧) وينظر الوجيز (٤٩)، ونظرية الظروف الطارئة لمنصور نصر (١٦٧).

وتوقع حدوث الظرف الطارئ هو احتمال وقوعه ، وما ستسفر عنه من صعوبات في تنفيذ الالتزام، فإذا كان المدين متوقعا حدوث الظرف الطارئ عند التعاقد ومع ذلك أقدم على إبرام العقد، يكون بذلك مقدراً لكل الظروف راضياً بكل الاحتمالات التي يسفر عنها الظرف الطارئ، وليس من المستساغ أن يطالب بتطبيق النظرية عندما يلحق به الضرر الذي كان محتملاً أثناء العقد.

ومما ينبغي التنبيه عليه هو أن شرط التوقع هذا لابد أن يضبط بضابط، فهو من الأمور النسبية التي تختلف من شخص لآخر ومن مكان لآخر، فلابد من الأخذ بمعيار موضوعي في تقدير هذا الشرط ، قوامه الرجل المعتاد، وليس معياراً ذاتياً قوامه نفس المتعاقد الذي يتمسك بالنظرية(١).

٢ - ثم لابد ألا يكون لإرادة الطرفين دخل في الظرف الطارئ، بمعنى ألا يكون المتعاقد سبباً في حدوث الظرف.

وهذا الشرط من الشروط البدهية، إذ ليس من المعقول أن يتسبب الإنسان في حدوث هذا الظرف ثم يسمح له بجني ثمار ذلك، كمن يحرق محصوله، أو يشعل النار في مصنعه، أو يفتح قناة لتنفذ منها المياه لإغراق أرضه، وتكون سبباً في تلف المحصول من أجل تقاعسه في تنفيذ التزامه(٢).

٣ - ألا يكون في وسع أحد المتعاقدين دفع هذا الحادث أو تفاديه، وهذا الشرط تقتضيه طبيعة الظروف الطارئة، وإن لم ينص عليه صراحة، فليس من المتصور أن يستطيع المتعاقد دفع الضرر أو تحاشي وقوعه ثم يتقاعس عن ذلك ويطالب بتطبيق النظرية والاستفادة منها.

---

(١) آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية د. عبد الحكم فوده (٥٠)، وينظر أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية ١٢٨ - ١٢٩.

(٢) نظرية الظروف الطارئة لمنصور نصر (١٦٩) وينظر الأسس العامة للعقود الإدارية (٦٨٠).

ومن الملاحظ في هذا الشرط أنه في التطبيق العملي يأخذ صوراً عديدة، فقد يعني أن يكون في إمكان المتعاقد منع وقوع هذا الحادث في البداية، وقد يكون ليس في إمكانه ذلك ولكن يستطيع أن يقلل من حجمه، وقد لا يكون هذا ولا ذاك، وإنما يمكنه أن يتفادى آثار هذا الحادث باتخاذ بعض التدابير الوقائية[١].

رابعا : الشروط الخاصة بأثر الحادث الطارئ :

يمكن القول بأن الأثر الذي يترتب على الحادث الطارئ هو أساس هذه النظرية، فلا قيمة لتحقق جميع الشروط السابقة إذا لم يكن الالتزام المترتب على العقد قد تأثر من جراء هذا الحادث.

وتتلخص الشروط الخاصة بأثر الحادث الطارئ في شرط واحد وهو ما يسمى بشرط الإرهاق، والذي يؤدي إلى صعوبة تنفيذ الالتزام، بحيث تؤدي هذه الصعوبة إلى أن يتحمل المدين خسارة فادحة إذا أجبر على القيام بهذا التنفيذ.

وقد نصت على هذا الشرط المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي حيث فيه: (وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة)[٢].

ومقتضى هذا الشرط أنه يلزم أن يكون من شأن الحدث الذي وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين، وليس المقصود بهذا الشرط أن يصبح تنفيذ الالتزام ثقيلاً، بحيث يرتب للمدين الضيق العادي المألوف، وإنما المقصود به هو أن يكون من شأن الحدث الذي وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق والعنت

---

(١) نظرية الظروف الطارئة لمنصور نصر (١٧٠ – ١٧١) وينظر رسالة هلاك المعقود عليه لمحمود محمد عوض (٨٣) ونظرية الظروف الطارئة لأسعد الكوراني (٢٣٤).

(٢) مجلة القضاء والقانون (٢٧٤).

للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة غير معتادة[١].

وبمعنى آخر يمكن أن نقول إن الظرف الطارئ إذا لم يكن من شأنه أن يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، فإنه يجعله مرهقاً إلى حد كبير، كما يقول الدكتور السنهوري: (والإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ معيار مرن ليس له مقدار ثابت، بل يتغير بتغير الظروف، فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر، وما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى، والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة، فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي، فإن التعامل مكسب وخسارة)[٢].

ولا يعتبر تنفيذ الالتزام قد صار مرهقاً لمجرد أن المدين سيصاب بخسارة من جراء التنفيذ بل يجب أن تكون الخسارة فادحة ، والمعيار في ذلك ليس معياراً شخصياً ينظر فيه إلى الشخص المدين، بل هو معيار موضوعي ينظر فيه إلى الصفقة ذاتها مقيسة بظروف المدين العادي ، فالعبرة في هذا الشأن بالخسارة التي تصيب المدين في صفقة معينة بالذات، بصرف النظر عن ثرائه الذي يجعله قادراً على تحمل الخسارة، أو أي ظروف أخرى خاصة به تخفف من حدة الإرهاق.

فإذا تعاقد شخص على توريد سلعة معينة، ثم ارتفع سعرها ارتفاعاً باهظاً بسبب حدث طارئ، فله أن يتمسك بأحكام النظرية، حتى ولو كان ثرياً في مقدوره أن يقوم بتوريد السلعة بالسعر المتفق عليه رغم ارتفاع ثمنها[٣].

---

(١) آثار الظروف الطارئة (٥٢).

(٢) الوسيط ١/٦٤٥ ، وينظر الأسس العامة للعقود الإدارية (٦٨٥).

(٣) النظرية العامة للالتزام (٢٢٤ - ٢٢٥) وينظر الوجيز (٥٤) ومجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة د. محمد عبدالجواد (١٩١) ونظرية الظروف الطارئة لعادل علوية (٢٥٦).

هذه هي شروط نظرية الظروف الطارئة على وجه الاختصار والإيجاز وإلا فإنه يوجد خلاف ونقاش في بعض هذه الشروط، لكني ذكرت هذه الشروط مجملة لأن المقصد هو وضع تعريف عام للنظرية تفهم من خلاله النظرية على وجه الإجمال حتى تتم الصلة بينها وبين الجوائح كما سيأتي في الفصول القادمة.

المطلب الرابع
آثار نظرية الظروف الطارئة

نصت المادة ١٩٨من القانون المدني الكويتي على أنه (إذا طرأت بعد العقد وقبل تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشيء عنه وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه، أو يزيد في مقابله)(١).

ويتضح من هذا النص أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتطلب توفر شروط معينة وقد سبقت الإشارة إليها، حيث ذكرنا أن منها ما يتعلق بالظرف الطارىءومنها ما يتعلق بالعقد، ومنها ما يتعلق بالمتعاقد، ومنها ما يتعلق بأثر الظرف الطارىء.

وبعض الشروط يرتبط بالجزاء أو بالحكم الذي تقضي به المحكمة، وهذه الشروط المرتبطة بالجزاء ما هي إلا ضوابط تهيمن على سلطة القاضي في التدخل، وحتى يمكن للقاضي أن يتدخل لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول يتعين توفر شروط معينة تعينه على ذلك، وقبل أن نذكر هذه الشروط ينبغي أن نذكر ضابطاً عاماً وهو أنه إذا ما توافرت الشروط التي ينص عليها القانون بالنسبة للظروف الطارئة، فإنه يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويتحقق ذلك بأية وسيلة يراها القاضي لإقامة التوازن، فقد

---

(١) مجلة القضاء والقانون (٢٧٤).

ينقص الالتزام المرهق بالنسبة للمدين، وقد يزيد التزام الطرف الآخر بحيث يخفف من خسارة المدين، وقد يرى وقف تنفيذ العقد فترة معينة بشرط ألا يضر ذلك بالدائن، وكل هذا يرتبط بقيام الظرف المفاجئ، فإذا زال عادت الأمور إلى ما كانت عليه[1].

هذا هو الضابط العام والذي نص عليه القانون، ولذلك يرى البعض أن هذا النص كاف في إعطاء الصلاحية للقاضي في الحكم دون وضع ضوابط قانونية تحد من سلطته في التدخل، إلا أن الأرجح والأظهر وضع هذه الشروط والضوابط، لأن الجواز الذي منحه النص التشريعي للقاضي لا يعني إطلاق حرية القاضي في التدخل والتصدي لشروط العقد دون قيد أو شرط، وإنما يعني إعطاءه رخصة بشرط تحقيق ظروف معينة، بمعنى أنها تجيز للقاضي عمل شيء معين إذا ما تبينت له شروط معينة، واستعمال هذه الرخصة خاضع لمراقبة المحكمة كما نصت على ذلك المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي أن (تقدير مبررات فسخ العقد وكفاية أسبابه أو عدم كفايتها من الأمور الموضوعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع، حتى أقامت قضاءها على أسباب سائغة)[2].

ويمكننا بعد هذا العرض أن نوجز شروط الجزاء المتعلقة بسلطة القاضي بأربعة شروط:

الأول : التأكد من أن تنفيذ الالتزام يهدد بخسارة فادحة:

هذا الشرط من أهم الشروط الواجب توفرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذ يتعين على القاضي أن يتأكد أولا من أن تنفيذ الالتزام بعد وقوع الحادث الطارئ أصبح من شأنه أن يؤدي إلى إرهاق المدين ويهدده بخسارة فادحة.

---

(١) دروس في النظرية العامة للالتزام (١٨٩).

(٢) مجلة القضاء والقانون (٢٧٤).

الثاني : الظروف والملابسات التي تحيط بالموضوع محل النزاع:

هذا الشرط يقصد به تقييد سلطة القاضي في معالجته للموضوع بحسب ظروف وأحوال كل قضية

فإذا تبين للقاضي أثناء نظر الموضوع أن الحادثة كانت وقتية أو عرضية ولم تستغرق زمناً طويلاً، وسوف تنتهي آثارها بعد زوالها، فليس له أن يقضي بتعديل مضمون العقد، بل يمكنه أن يقضي بتأجيل التنفيذ حتى تنتهي هذه الظاهرة العرضية(١).

ومثال ذلك : أن يتعاقد شخص ما مع مورد أو تاجر على توريد كمية من القمح في زمن معين وبسعر محدد، إلا أنه أثناء فترة التوريد طرأ ظرف عارض أدى إلى ارتفاع أسعار هذا المحصول ارتفاعاً كبيراً، إلا أن هذا الارتفاع وقتي ومحدود نظراً لتغيير الظروف الاقتصادية أو وسيلة النقل مثلا، فيمكن للقاضي هنا أن يقضي بوقف الالتزام في المدة المتفق عليها إذا لم يكن من شأن هذا الوقف أن يسبب ضرراً جسيما يلحق بالمتعاقد الآخر(٢).

الثالث : الملاءمة بين مصلحة الدائن والمدين :

ينبغي للقاضي أن يراعي عند نظره للموضوع مصلحة الطرفين، وهو بذلك يطبق مبدأ العدالة الذي يعتبر أساساً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

وبناء على ذلك فإن القاضي مطالب وهو ينظر في القضية بالموازنة بين مصلحة الطرفين بما يحقق العدالة لهما، ويعني هذا أن يقوم القاضي بتوزيع

---

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية (٦٩٢).

(٢) الوسيط ٦٤٦/١ - ٦٤٧ وينظر عقد التوريد وتغير الظروف الفجائي د. حامد زكي (٩٦) ورسالة الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري (١٥٦).

العبء الطارئ على المتعاقدين ، حيث إن هذه النظرية لا تعني رفع الإرهاق كلية عن كاهل المدين، كما لا تلقي به كلية على عاتق الدائن، وإنما تهدف إلى رد الإرهاق إلى الحد المعقول بالنسبة للطرفين[١].

وهنا تكمن أهمية هذا الشرط ، إذ به يتمكن القاضي من الحكم بدقة عند توزيع هذا العبء بين طرفي العقد بما يحقق الموازنة بين مصلحة الطرفين.

وضابط الموازنة هنا إنما يكون بالكيفية التي تحقق أكبر قدر من العدالة للمتعاقدين حيث إن نظرية الظروف الطارئة ما وجدت في الأصل إلا لتحقيق التوازن والعدالة بين كل من الدائن والمدين في الرابطة العقدية، ولا يقبل أن تؤدي إلى إجحاف أو ظلم لأي منهما، ولذلك كان شرط الملائمة بين مصلحة الطرفين هاماً وضرورياً[٢].

الرابع : أن يقضي القاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول:

نصت المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي على أنه يجوز (للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه، أو يزيد في مقابله)[٣].

وبناء على هذا النص فإنه يجوز للقاضي أن يقضي برد الالتزام إما إنقاصاً للالتزام المرهق إلى الحد المعقول، كأن يقضي مثلا بانقاص الكمية المتعاقد على توريدها في حالة ما إذا تعهد تاجر بتوريد كمية من الغلال مثلا بسعر محدود، وبعد إبرام العقد ارتفع ثمن الغلال ارتفاعاً كبيراً، ورأى القاضي أن مصلحة

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية (٦٩٢).

(٢) نظرية الظروف الطارئة لمنصور نصر (٤٤٨ - ٤٤٩).

(٣) مجلة القضاء والقانون (٢٧٤).

الطرفين تتحقق بإنقاص الالتزام، فإنه يجوز له أن يقضي بإنقاص الكمية التي التزم بتوريدها المدين، وذلك بالقدر الذي يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[١].

وإما أن يقضي بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، فذلك أمر متروك لتقدير القاضي بمقتضى مفهوم النص السابق، فإذا وازن بين مصلحة الطرفين ورأى أن المصلحة تبدو في زيادة التزام الطرف الآخر كان له أن يقضي بذلك[٢].

هذه هي الشروط والضوابط التي ينبغي توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وبها يظهر أثر تطبيق النظرية.

وبهذه الشروط نختم الكلام عن الظروف الطارئة حيث ذكرنا تعريفها وتقسيماتها وشروطها ثم آثارها، ولست أزعم أنى أوفيت الموضوع حقه لأني كما ذكرت في بداية المبحث إنما أشير إشارة وأذكر على سبيل الإجمال ما يتعلق بهذه النظرية حتى تتصور في الأذهان، ولتتضح الصلة بينها وبين مبدأ وضع الجوائح.

---

(١) مصادر الحق د. السنهوري ٦/٢٧ ، وينظر آثار الظروف الطارئة (٨٩).

(٢) نظرية الظروف الطارئة لمنصور نصر (٤٥٠).

الباب الأول
أسباب الجوائح وأنواعها وشروطها :

أبين في هذا الباب أسباب الجوائح، سواء كانت متفق عليها أم مختلف فيها، ثم أبين أنواع الجوائح المتعددة سواء كانت سماوية أم أرضية، من صنع الإنسان، أم من غير صنعه، ثم أبين ما اشترطه الفقهاء لاعتبار وضع الجائحة، سواء كانت هذه الأسباب متفق عليها أم غير متفق عليها، وذلك في الفصول الآتية :

الفصل الأول : أسباب الجوائح

الفصل الثاني : أنواع الجوائح

الفصل الثالث : شروط الجوائح

الفصل الرابع : الأموال والتصرفات التي تؤثر فيها الجوائح

الفصل الأول

أسباب الجوائح

للجوائح أسباب متعددة ، منها ما وقع الاتفاق عليه من العلماء الذين يقولون بوضع الجوائح، ومنها ما لم يقع اتفاق العلماء عليه، ومنها ما وقع الاتفاق على عدم وضع الجوائح فيها، يتبين ذلك في المبحثين الآتين :

المبحث الأول : مواضع الاتفاق

المبحث الثاني : مواضع الاختلاف

المبحث الأول

مواضع الاتفاق

المطلب الأول : العطش

المطلب الثاني : الآفات السماوية

المبحث الأول
مواضع الاتفاق

اجتمعت كلمة الفقهاء على أن العطش والآفات السماوية، يعتبران سببين لوضع الجائحة، لا خلاف بينهم في ذلك، كما يتضح ذلك في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : العطش

يتفق الفقهاء القائلون بوضع الجوائح(١) على أن العطش(٢) يعتبر سبباً لوضع الجائحة، ويتضح ذلك جلياً في كلام فقهاء المالكية خصوصاً، حيث يروي ابن القاسم في المدونة أن العطش إذا أصاب الثمرة من انقطاع مائها، أو سماء احتبست عن الثمرة حتى ماتت، فإن هذا من الجوائح، وهو قول مالك، إذ يقول في الماء إذا انقطع عن الثمرة ماء العيون، وضع عن المشتري ما ذهب من الثمرة من قبل الماء، قليلاً كان أم كثيراً، وما بقي فهو للمشتري بما يصيبه من الثمر(٣).

ويذكر ابن رشد الحفيد(٤) أنه لا خلاف بين الجميع أن العطش يعتبر سببا

---

(١) لم أذكر أقوال فقهاء الحنفية لأنهم لا يرون وضع الجائحة ولم أجد نقلا عنهم في ذلك.

(٢) المقصود بالعطش هنا : انقطاع ماء السماء أو العين التي يسقى بها. انظر التاج والإكليل ٥٠٧/٤ – ٥٠٨، والمدونة ٢١/٤، والقول الواضح ١٢٦ – ١٢٧، وروضة الطالبين ٢٢٠/٣.

(٣) المدونة ٢١/٤.

(٤) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، فقيه مالكي فيلسوف، من أهل الأندلس، عني بكلام أرسطو وترجمه إلى العربية وزاد عليه، مات سنة ٥٩٥هـ. من مؤلفاته «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، و«الكليات في الطب».
[سير أعلام النبلاء ٣٠٧/٢١ ، شذرات الذهب ٣٢٠/٤].

لوضع الجائحة[١].

ونقل في أوجز المسالك اتفاق الجميع على أن العطش يعتبر جائحة[٢]. ويذكر مطرف وابن الماجشون : أنه لا يكون جائحة إلا ما أصاب الثمرة من أمر السماء من عفن، أو برد، أو عطش، أو فساد بحر أو برد، أو بكسر الشجر[٣].

وأما ابن رشد الجد فيذكر في المقدمات[٤] أن انقطاع الماء، الذي هو العطش جائحة بإجماع واتفاق.

هذه نقولات علماء المالكية الذين لهم قصب السبق في أحكام الجوائح، أما فقهاء الحنابلة فإنهم حين عرفوا الجائحة فإنهم يضربون لها الأمثلة، ومنها العطش، فيذكر ابن قدامة تعريف الجائحة بأنها كل آفة لا صنع للآدمي فيها، ويضرب لذلك أمثلة منها الريح والبرد والعطش[٥].

وكذا ابن مفلح ، يذكر نحو كلام ابن قدامة ، ويمثل لذلك بالريح والحر والبرد والعطش[٦]. ويمثل للجائحة بالعطش كذلك كل من المرداوي، والبهوتي[٧]، وغيرهما من فقهاء الحنابلة[٨]. كما نقل

---

(١) بداية المجتهد ٢/٢٢٣، وقال ابن رشد الجد في المقدمات ٢/٥٤٥ : وأما انقطاع الماء فإنه جائحة في القليل والكثير بإجماع واتفاق.

(٢) أوجز المسالك إلى موطأ مالك للكاندهلوي ١١/١١٧ .

(٣) المنتقى ٤/٢٣٢ – ٢٣٣ .

(٤) المقدمات والممهدات ٢/٥٤٥ .

(٥) المغني ٤/٨٦.

(٦) المبدع شرح المقنع ٤/١٧٠.

(٧) هو منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، فقيه شيخ الحنابلة في وقته، نسبته إلى بهوت في الغربية بمصر. توفي سنة ١٠٥١هـ. من مؤلفاته: «الروض المربع شرح زاد المستقنع» و«كشاف القناع عن متن الاقناع».

[خلاصة الأثر ٤/٤٢٦، الأعلام ٧/٣٠٧].

(٨) الإنصاف ٥/٧٧، وشرح منتهى الإرادات ٢/٢١٢، والروض المربع ٣٥٢.

الشوكاني اتفاق الفقهاء على اعتبار العطش جائحة[١].

وأما تعليل كون العطش سببا للجائحة سواء كان ذلك قليلاً أم كثيراً، فوجهه أن هذه منفعة من شرط تمامها السقي، فوجب أن يوضع عن المشتري قليلها وكثيرها، كمنفعة الأرض المكتراة[٢].

المطلب الثاني : الآفات السماوية[٣].

لا يختلف القائلون بوضع الجوائح في اعتبار الآفات السماوية سبباً لوضع الجائحة. ويظهر ذلك جلياً في تعريفاتهم للجائحة، إذ تكاد تتفق تعريفاتهم للجائحة أنها ما لا يستطاع دفعه من أمر سماوي[٤].

يذكر ابن رشد الحفيد : أن ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط، وضده العفن، فلا خلاف في المذهب أنه جائحة[٥].

---

(١) نيل الأوطار ٥/٢٠٠ .

(٢) المنتقى ٤/٢٣٣، والفواكه الدواني ٢/١٨٥، وشرح الخرشي ٥/١٩٣ .

(٣) الآفات السماوية هي ما لا صنع للآدمي فيه، كالريح والحر والبرد ونحوه، وسميت سماوية نسبة إلى السماء أي أنها فعل من رفع السماء، أو أنه لا يقدر عليها إلا من رفع السماء وهو الله عز وجل، حاشية العدوي على الخرشي ٥/١٩٣، وجواهر الإكليل ٢/٦٣، والمغني ٤/٨٦، والمبدع ٤/١٧٠، ومعجم لغة الفقهاء ٣٦.

(٤) انظر تعريفات الفقهاء للجائحة في المبحث الأول من التمهيد ص ٨ .

(٥) بداية المجتهد ٢/٢٢٣، وفي المقدمات ٢/٥٤٤ : فأما ما كان من فعل الله تعالى ولا اكتساب لمخلوق فيه فلا اختلاف أنه جائحة يجب القضاء بها.

وذكرنا في المطلب الأول قول مطرف وابن الماجشون : أنه لا يكون جائحة إلا ما أصاب الثمرة من أمر السماء من عفن... الخ[١].

ويذكر ابن مفلح في تعريفه للجائحة أنها كل آفة سماوية لا صنع للآدمي فيها[٢]، وكذا قال ابن قدامة[٣].

أما المرداوي فينقل مذهب الحنابلة في أن الآفات السماوية تعتبر سبباً لوضع الجائحة[٤].

كما نقل الشوكاني الاتفاق على أن كل آفة سماوية فهي جائحة[٥]. وكذا الحطاب الابن في القول الواضح[٦].

(١) المنتقى ٤/٢٣٢ – ٢٣٣، وانظر حاشية الدسوقي ٣/٨٥، ومواهب الجليل ٤/٥٠٧.

(٢) المبدع ٤/١٧٠ .

(٣) المغني ٤/٨٦ .

(٤) الإنصاف ٥/٧٦ – ٧٧ .

(٥) نيل الأوطار ٥/٢٠٠ .

(٦) القول الواضح ١٠٩ – ١١٠ .

المبحث الثاني

مواضع الاختلاف

المطلب الأول : الخلاف في الجيش .

المطلب الثاني : الخلاف في السرقة .

المطلب الثالث : الخلاف في الاحتكار والتسعير .

المطلب الرابع : الخلاف في الأعذار .

المطلب الخامس : مسألة تقلب قيمة النقود .

المبحث الثاني
مواضع الاختلاف

ذكرنا في المبحث الأول ما اتفق عليه الفقهاء القائلون بوضع الجائحة ، من أن العطش والآفات السماوية كلها أسباب معتبرة لوضع الجائحة.

وقد اختلف الفقهاء فيما عدا ذلك من الأسباب كالتي لا صنع للآدمي فيها، وما يحدثه الجيش من تلف للثمار ونحوها، وكذا السرقة، والاحتكار، والتسعير، وهذا ما سأبينه في المطالب التالية:

المطلب الأول : الخلاف في الجيش

بعد اتفاق القائلين بوضع الجوائح على أن ما لا صنع للآدمي فيه يعتبر سبباً لوضع الجائحة، اختلفوا بعد ذلك فيما يحدثه الآدمي من تلف للمبيع، ومثال ذلك الجيش، هل يعتبر ما يحدثه من إتلاف سبباً لوضع الجائحة، للفقهاء في هذه المسألة قولان :

القول الأول : أن الجيش يعتبر سبباً لوضع الجائحة، وهو قول مالك(١) ، وقول للشافعية(٢)، ووجه عند الحنابلة(٣).

---

(١) المدونة ٤/٢١ وفيها قول ابن القاسم : (وقال مالك في الجيش يمرون بالنخل فيأخذون ثمرته. قال: قال مالك: هو جائحة من الجوائح). وهو قول أكثر المالكية كما في حاشية الدسوقي ٣/١٨٥، وشرح الخرشي ٥/١٩٣، والقول الواضح ١١٢ - ١١٣.

(٢) قال الشافعي في الأم ٣/٥٩ : والجائحة من المصائب كلها كانت من السماء أو من الآدميين.

(٣) المبدع ٤/١٧٣، والانصاف ٥/٧٨، ومجموع الفتاوى ٣٠/٢٧٨ .

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ – قياس الجيش على الآفات السماوية، بجامع عدم القدرة على دفع هذه المصيبة في كلٍّ ، فكما أن الآفات السماوية – كالريح والبرد والمطر ونحوها من الأمور الغالبة – لا يستطيع أحد على دفعها، أو الاحتراز منها، فكذلك الجيش يعتبر أمراً غالباً، لا يستطيع أحد على دفعه، أو الاحتراز منه، فإن الجيش إذا هاجم قوماً أحدث ذلك إتلافاً عظيماً للأموال، وألحق ضرراً بالغاً بالشجر والزرع والحيوان.

ولذا يذكر ابن تيمية : أنه لو كان المتلف جيوش الكفار أو أهل الحرب، كان ذلك كالآفة السماوية(١).

ويذكر المواق(٢) أن العلة من جعل الجيش جائحة، أنه فعل مخلوق لا يقدر على دفعه كالجراد(٣).

٢ – أن المأخذ هو إمكان الضمان، فما يمكن تضمينه يعتبر جائحة لأنه يمكن الرجوع ببدله، ولإمكان الحفظ والتغريم، أما ما لا يمكن تضمينه ومنه الجيش، فيعتبر جائحة لأنه لا يمكن الرجوع ببدله.

---

(١) مجموع الفتاوى ٢٧٨/٣٠ .

(٢) هو محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري المعروف بالمواق. فقيه مالكي. عالم غرناطة في زمانه وإمامها وفقيهها في وقته. توفي سنة ٨٩٧هـ. من مؤلفاته «التاج والإكليل شرح مختصر خليل»، و«سنن المهتدين في مقامات الدين».

[نيل الابتهاج ٣٢٤، شجر النور الزكية ٢٦٢].

(٣) التاج والإكليل ٥٠٧/٤، وانظر نيل الأوطار ٢٠٠/٥ .

وقد صرح ابن تيمية بذلك، حيث يذكر أن المأخذ هو إمكان الضمان، وأن الجيوش وإن فعلوا ما فعلوا ظلماً ولم يمكن تضمينهم، فهم بمنزلة البرد في المعنى[١].

حتى الشافعية ، الذين لا يقولون بوضع الجائحة، ذكروا هذه العلة، وهي إمكان الحفظ والتغريم حيث يذكر الشربيني الخطيب[٢] عند كلامه على ما لا يمكن تضمينه كالسرقة والغصب، أنه إن سرق أو غصب فهو من ضمان المشتري قطعاً، والعلة في ذلك إمكان الحفظ والتغريم[٣]. فجعل العلة إمكان الحفظ والتغريم[٤].

٣ – ومما ينبغي توضيحه هو أن كثيراً من المالكية ذكروا أن محل اعتبار جناية الجيش جائحة هو إذا لم يعرف منه أحد، أو عرف منه أحد وكان لا تناوله الأحكام، أو كان معسراً ولا يرجى يساره عن قرب، أما لو عرف منه أحد، وكانت تناله الأحكام، وهو موسر، أو يرجى يساره عن قرب، فلا يكون ما أخذه الجيش جائحة توضع، بل يضمن جميعه، فالجميع يتبع، لأنهم كالحملاء عن بعضهم بعضاً[٥].

القول الثاني : أن الجيش لا يعتبر سببا لوضع الجائحة، وهو قول بعض

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٠/٢٧٨ .

(٢) هو محمد بن أحمد الشربيني شمس الدين، فقيه شافعي مفسر لغوي من أهل القاهرة. توفي سنة ٩٧٧هـ. من مؤلفاته «الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع»، و«مغني المحتاج في شرح المنهاج».
[شذرات الذهب ٨/٣٨٤، الإعلام ٦/٦].

(٣) مغني المحتاج ٢/٩٢ .

(٤) انظر قوانين الأحكام الشرعية ٢٨٨، وبداية المجتهد ٢/٢٢٣ .

(٥) حاشية الدسوقي ٣/١٨٥، والفواكه الدواني ٢/١٨٤، والبهجة شرح التحفة ٢/٣٣.

المالكية[١]، وقول للشافعية[٢]، ووجه عند الحنابلة[٣].

دليل هذا القول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١ - أن الجيش ليس من الأمور السماوية التي لا يستطاع دفعها أو الاحتراس منها، بل هو من فعل الآدمي، وفعل الآدمي يمكن تضمينه، حيث يتبع بالغرم، بخلاف الأمور السماوية[٤].

يوضح ذلك ابن مفلح حيث يذكر وجها للحنابلة وهو أن ما يتلفه الآدمي عن طريق الجيش لا يكون جائحة يضمنها البائع، بل هي من مال المشتري، والعلة هي أنه يمكن أن يتبع الآدمي بالغرم[٥].

ويذكر ابن رشد الجد عن مطرف وابن الماجشون قولهما بأن الجيش ليس جائحة، لأن ذلك مما يمكن دفعه، لأن السلطان يكف الجيش ويمنعه[٦].

٢ - حديث أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي. فقيل له: وما تزهي؟ قال: حتى تحمر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال

---

(١) منهم مطرف وابن الماجشون وأصبغ وابن حبيب وسحنون، المنتقى ٤/٢٣٢، والذخيرة ٥/٢١٢، ومواهب الجليل ٢/٥٠٧، ويذكر الحطاب في القول الواضح (١١١) قولا آخر لبعض المتأخرين وهو أن الجيش إن كان قائده ممن يروع الجيش ويضبطه فلا يكون جائحة، وإن كان ممن يغلبه أشرار جنده ولا يخافون منه، أو يكون في نفسه مجبولاً على الفساد والسعي في خراب الأرض فإنه يكون جائحة.

(٢) قال الشافعي في الأم ٣/٥٨: وجماع الجوائح كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدمي.

(٣) المبدع ٤/١٧٣، والإنصاف ٥/٧٨، ومجموع الفتاوى ٣٠/٢٧٨.

(٤) مجموع الفتاوى ٣٠/٢٧٨.

(٥) المبدع ٢/١٧٣.

(٦) المقدمات والممهدات ٢/٥٤٥، وانظر القول الواضح ١١٠.

أخيه؟»[١].

وجه الدلالة من الحديث :

أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر المنع، والمنع لا يكون إلا من الله تعالى، وهذا يكون بما تحدثه الآفات السماوية من آفات تمنع تمام صلاح الثمر، فلا يدخل في ذلك ما يتم نهبه من قبل الجيش بعد تمام صلاح الثمر، فالمنع يكون من الله تعالى، ولا يكون من الجيش.

فظاهر الحديث يفيد أن الجائحة لا تكون إلا من الآفات السماوية التي هي من فعل الله تعالى، بخلاف الجيش الذي هو من فعل الآدمي[٢].

٣ – ويذكر بعض الحنابلة أن الجيش إذا لم يمكن تضمينه كان جائحة من ضمان البائع، ولا يكون جائحة في حالة تفريط المشتري[٣].

سبب الخلاف :

سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة هو اختلافهم في ما يكون جائحة، فمنهم من خص الجائحة بالأمور السماوية، ومنهم من عدّاها إلى فعل الآدمي، فمن خصها في الأمور السماوية اعتمد على ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم: «أرأيت إذا منع الله الثمرة»، وقال بأن الجيش ليس جائحة لأن المنع إنما يكون من الله تعالى، وهذا يكون في الأمور السماوية.

---

(١) أخرجه البخاري ٢/١١٢ في كتاب البيوع باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع. رقم الحديث ٢١٩٨، ومسلم ٣/١١٩٠ في كتاب المساقاة باب وضع الجوائح رقم الحديث ١٥٥٥.

(٢) بداية المجتهد ٢/٢٢٣، ونيل الأوطار ٥/٢٠٠.

(٣) الاختيارات لابن تيمية ١٣٠، وحاشية الروض المربع ٤/٥٥٦.

ومن عدّاها إلى أفعال الآدميين، شبهها بالأمور السماوية، وقال بأن الجيش جائحة لأنه لا يستطاع دفعه كالأمور السماوية(١).

المناقشة والترجيح :

يترجح في هذه المسألة القول الأول القائل باعتبار وضع الجائحة بالجيش، وذلك لما يلي:

١ - أن قياسهم على الآفات السماوية قياس صحيح؛ إذ أن العلة مشتركة في كلٍّ، وهي عدم القدرة على دفع هذه المصيبة، كما لا يمكن تضمين ما أتلفه الجيش.

ولذلك لما ذكر صاحب حاشية الروض المربع عدداً من الجوائح قال: أو جيش لا يمكن تضمينه(٢).

كما صرح الحطاب الابن فيمن نقل عنه، والشيخ محمد عليش(٣)، وصاحب حاشية كفاية الطالب الرباني وغيرهم(٤)، صرحوا بأن من الجائحة الجيش الكثير، ووصفه ابن عبدالبر(٥) بما يوحي بأنه كثير مهلك لا يمكن تضمينه فقال في

---

(١) بداية المجتهد ٢/٢٢٣، ونيل الأوطار ٥/٢٠٠ .

(٢) حاشية الروض المربع ٤/٥٥٦ .

(٣) هو محمد بن أحمد بن محمد عليش. فقيه مالكي من أهل طرابلس الغرب . ولد بالقاهرة وتعلم في الأزهر وولي مشيخة المالكية. توفي سنة ١٢٩٩هـ. من مؤلفاته: «منح الجليل شرح مختصر خليل»، و«فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك».
[شجرة النور الزكية ٣٨٥، الأعلام ٦/١٩ - ٢٠].

(٤) حاشية كفاية الطالب الرباني ٢/١٧٣، وانظر مواهب الجليل ٤/٥٠٧، ومنح الجليل ٢/٧٤١.

(٥) هو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الحافظ . من أجلة علماء الحديث وفقهاء المالكية وشيخ علماء الأندلس. توفي بشاطبة سنة ٤٦٣هـ. من مؤلفاته: «الاستذكار في شرح مذاهب علماء الأمصار»، و«التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد».
[الديباج المذهب ٣٥٧، شجرة النور الزكية ١١٩].

معرض حديثه عن أمثلة الجوائح: (ومعرة جيش)[١]. والمعرة المضرة من الشدة[٢].

وكذا ابن تيمية حيث ذكر أن المأخذ في هذه المسألة هو إمكان الضمان، فما يمكن تضمينه فلا يكون جائحة، وما لا يمكن تضمينه يكون جائحة حيث يكون بمنزلة البرد في المعنى[٣].

وما سبق واضح بين ، إذ أن الجيوش الغالبة المعادية لبلد ما إذا داهمت وهاجمت فإنه يستحيل في الغالب تضمينها، لأنها غير خاضعة لسلطات هذا البلد، ولا سبيل له عليها.

٢ - استدلال أصحاب القول الثاني بحديث «أرأيت إذا منع الله الثمرة»[٤] وأن المنع لا يكون إلا من الله تعالى، يرد عليه بأن يقال: صحيح أن الذي يمنع الثمرة هو الله تعالى، وهذا لا يستلزم عدم وجود مانع يمنع الثمرة مما يحدثه الآدمي، فإن ما يحدثه الآدمي كالجيش إنما هو من فعل الله تعالى، إذ المانع الحقيقي هو الله تعالى.

٣ - أما تعليلهم بأنه من فعل الآدمي فلا يستقيم؛ لأن المأخذ والعلة إمكان التضمين، وهي علة مفقودة في الجيش الذي لا يمكن تضمينه، ولذلك يلحق الجيش بالآفات السماوية في عدم إمكان الضمان.

٤ - أما القول بأن محل اعتبار جناية الجيش جائحة هو «إذا لم يعرف منه أحد، أو عرف منه أحد، وكان لا تناوله الأحكام، أو كان معسراً ولا يرجى يساره عن قرب، وما كان غير ذلك فلا يكون جائحة لأن الجميع يتبع، ويكونوا كالحملاء

---

(١) الكافي لابن عبد البر ٢/٤٥ .

(٢) المفردات للراغب الأصفهاني ٣٢٨، ولسان العرب ٤/٥٦٦ مادة «عرر» وفتح القدير للشوكاني ٥/٥٤ .

(٣) مجموع الفتاوى ٣٠/٢٧٨ .

(٤) تقدم تخريجه ص ٩٩

عن بعضهم بعضا» فيجاب عنه بجوابين:

الأول : أن ما يحدثه الجيش من دمار وإفساد عادة ما يكون فوق ما تحتمله أموال الفرد.

الثاني : أن هذا الفرد الذي عرف أو كان موسراً، أو معسراً يرجى زوال عسره عن قرب، لا تدبير له في الجيش، ولا أمره، بل هو تبع لقيادته وموجه من قبلهم، فليس له إرادة حرة فيما يفعل.

وبهذين الجوابين يتضح أن الجيش هنا يعتبر جائحة، ولا يمكن تضمينه بحال، وهذا الحكم يشمل الجيش بأكمله. والله أعلم .

المطلب الثاني : الخلاف في السرقة

مما اختلف فيه الفقهاء في اعتباره جائحة ما كان من صنع الآدمي كالسرقة، فهل ما يتلف بفعل السارق يعتبر سببا لوضع الجائحة ؟ .

للفقهاء في هذه المسألة قولان :

القـول الأول : أن السرقة تعتبر سبباً لوضع الجائحة، وهو قول ابن القاسم في المدونة(١)، وبعض المالكية(٢) كابن يونس(٣)، وابن رشد الجد، وابن عبدالحكم(٤)، وقول للشافعية(٥)، ووجه عند الحنابلة(٦).

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

---

(١) المدونة ٤/٢١ قال ابن القاسم : ولو أن سارقاً سرقها أيضاً كانت جائحة في رأيي .

(٢) القول الواضح ١١٠ - ١١١، وجواهر الإكليل ٢/٦٣، والشرح الصغير ٢/٨٨.

(٣) هو أحمد بن يونس بن سعيد. المالكي المعروف بابن يونس من فقهاء المالكية. توفي سنة ٨٧٨هـ. من مؤلفاته: «أجوبة عن أسئلة وردت من صنعاء»، و«المغالطات الصنعانية».
[نيل الابتهاج ٨٢، معجم المؤلفين ٢/٢١٥].

(٤) هو عبد الله بن عبد الحكم بن أعين. فقيه مصري من أجلّ أصحاب مالك. أفضت إليه الرياسة بمصر بعد أشهب. توفي سنة ٢١٤هـ. من مؤلفاته: «المختصر الكبير»، و«المناسك».
[الديباج المذهب ١٣٤، شجرة النور الزكية ٥٩].

(٥) روضة الطالبين ٣/٢٢٠، ومغني المحتاج ٢/٩٢ .

(٦) الإنصاف ٥/٧٨، والمبدع ٤/١٧١. ويشعر كلام ابن تيمية بأن الوجهين المنقولين عن الحنابلة لا يدخل فيهما السارق حيث يذكر في ضربه المثال قيد (من لا يمكن ضمانه) وهذا لا يدخل في السارق. قال: (فإن أتلفها آدمي يمكن تضمينه أو غصبها غاصب فقال أصحابنا كالقاضي وغيره: هي بمنزلة إتلاف المبيع قبل التمكن من قبضه، يخير المشتري بين الإمضاء والفسخ كما تقدم. وإن أتلفها من الآدميين من لا يمكن ضمانه كالجيوش التي تنتهبها واللصوص الذين يخربونها فخرجوا فيه وجهين: أحدهما ليست جائحة لأنها من فعل آدمي، والثاني وهي قياس أصول المذهب أنها جائحة، لأن المأخذ إنما هو إمكان الضمان) مجموع الفتاوى ٣٠/٢٧٨.

١ - أن السرقة من فعل المخلوق، لا يقدر على دفعه كالجراد، فيكون جائحة، إذ أنه من المقرر أن كل ما لا يقدر على دفعه، ولا يستطاع الاحتراس منه فهو جائحة، لعدم القدرة على الضمان .

ولذلك يذكر ابن رشد الجد دليل ابن القاسم في جعل السارق جائحة، بأنه مما لا يمكن الاحتراس منه، ولا يقدر على دفعه[١].

وهذا فيه تشبيه بالآفات السماوية التي لا يمكن الاحتراس منها، ولا يقدر على دفعها[٢].

٢ - أنه لا فرق بين فعل الآدمي وغيره في ذلك، لما بقي على البائع في الثمرة من حق التوفية، فإذا تلفت بفعل سارق، وجب الضمان على البائع، ووضعت الجائحة عن المشتري.

وقد ذكر الباجي[٣] وجه رواية سحنون[٤] عن ابن القاسم، في القول بأن السارق جائحة، وهو أن ذلك من ضمان البائع، فعلى أي وجه تلفت كان ذلك جائحة توضع عن المشتري، لأن ما تلف لم يسلم إليه[٥].

٣ - ذكر كثير من المالكية أن القول بأن السرقة جائحة ليس على إطلاقه، بل

---

(١) المقدمات ٢/٥٤٥، وانظر القول الواضح ١١٠، والتاج والإكليل ٤/٥٠٧ .

(٢) بداية المجتهد ٢/٢٢٣ .

(٣) هو سليمان بن خلف بن سعد أبو الوليد الباجي، نسبة إلى مدينة باجة بالأندلس. من كبار المحدثين وفقهاء المالكية. كان بينه وبين ابن حزم مناظرات ومجالس. توفي سنة ٤٧٤هـ. من مؤلفاته: «المنتقى شرح الموطأ»، و«شرح المدونة».

[الديباج المذهب ١٢٠، شجرة النور الزكية ١٢٠].

(٤) هو عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي الملقب بسحنون، فقيه مالكي انتهت إليه الرياسة في المغرب. توفي سنة ٢٤٠هـ. من مؤلفاته: «روايته للمدونة عن ابن القاسم عن مالك».

[الديباج المذهب ١٦٠] .

(٥) المنتقى ٤/٢٣٣ .

المراد تعيين السارق، فإن عُرف السارق وعُين لم يكن جائحة، وإنما يكون جائحة إذا كان مجهولاً لا يعرف[(١)].

لأن السارق لو كان معيناً معروفاً ، فإن المشتري يتبعه بعوض ما سرق، وإن كان معدماً لا يوضع عنه شيء من الثمن[(٢)].

واستثنى ابن عرفة المعدم، فذكر أن المعدم إن كان عدمه غير مرجو يسره عن قرب فإنه يكون جائحة، أما إذا لم يرج يسره عن قرب فلا يكون جائحة[(٣)].

القول الثاني : أن السرقة لا تعتبر سبباً لوضع الجائحة، وهو قول أكثر المالكية والمشهور عندهم[(٤)]، وذكر ابن عبدالبر أن السرقة عند أكثر أهل العلم ليست بجائحة يقضى بها[(٥)]، وهو قول الشافعي في الجديد[(٦)]، ومذهب الحنابلة[(٧)].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - أن السارق يمكن التحصن منه، ويقدر على التحفظ والتخلص منه، وهو مما يستطاع دفعه لو علم به، وما يستطاع دفعه لا يكون جائحة، لأن المشتري

---

(١) القول الواضح ١١١، ومواهب الجليل ٤/٥٠٧، وحاشية كفاية الطالب الرباني ٤/١٧٣ .

(٢) جواهر الإكليل ٢/٦٣، وشرح الزرقاني على خليل ٥/١٩٥ .

(٣) القول الواضح ١١٥، وحاشية كفاية الطالب الرباني ٤/١٧٣ .

(٤) حاشية الدسوقي ٣/١٨٥، والقول الواضح ١١٠ - ١١١، وانظر المدونة ٤/٢١.

(٥) الكافي ٢/٤٥ .

(٦) روضة الطالبين ٣/٢٢٠، ومغني المحتاج ٢/٩٢.

(٧) الإنصاف ٥/٧٨، والمبدع ٤/١٧٣، وإعلام الموقعين ١/٣٥٨ .

حينئذ مفرط في حفظ الثمرة، ومضيع لها فكان ذلك منه[١].

فالسارق لا يعد جائحة إن أتلف مال المشتري، لأن المشتري يمكن أن يتبعه بالغرم ويرجع ببدله[٢].

وابن القيم[٣] يذكر أن سرقة اللصوص جائحة خاصة يمكن الاحتراز منها، ومثل هذا لا يكون جائحة تسقط الثمن عن المشتري، بخلاف نهب الجيوش والتلف بآفة سماوية[٤]، فهو يرى أن الجائحة العامة كنهب الجيش، والآفات السماوية هي التي تسقط الثمن عن المشتري، وهذا من شروط الجائحة، وهو أن تكون الجائحة عامة لا خاصة.

٢ - أن الثمرة في يد المشتري قد سلمها إليه البائع على نهاية ما يمكنه من التسليم، فليس عليه حفظها له، ولا ضمان عليه فيها إلا ما كان في جهة الأصل لاستحقاقه عليه السقي إلى تناهي نضجها وكمال صلاحها، ولو كان يضمنها بالسارق لكان عليه حفظها، وذلك لا يقوله أحد[٥].

المناقشة والترجيح :

القول الراجح في هذه المسألة هو القول القائل بعدم اعتبار السرقة جائحة،

---

(١) المنتقى ٤/٢٣٣، والمقدمات ٢/٥٤٥، وبداية المجتهد ٢/٢٢٣ .

(٢) المبدع ٤/١٧٣، وانظر البهجة ٢/٣٣، وحاشية كفاية الطالب ٤/١٧٣ .

(٣) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد المعروف بابن قيم الجوزية. من كبار الفقهاء تتلمذ على يد ابن تيمية وانتصر له وسجن معه بدمشق. توفي سنة ٧٥١هـ. من مؤلفاته: «الطرق الحكمية»، و«مدارج السالكين».

[البداية والنهاية ١٤/٢٤٦، شذرات الذهب ٦/١٦٨ - ١٧٠].

(٤) إعلام الموقعين ١/٣٥٨ .

(٥) المنتقى ٤/٢٣٣ .

وذلك لما يلي :

١ - أن القاعدة العامة في الجوائح هي أن كل ما لا يستطاع دفعه ولا يمكن الاحتراس منه فهو جائحة، وما لا يستطاع دفعه، ويمكن الاحتراس منه فليس بجائحة، وعلى هذا لا يكون السارق جائحة، لأنه يمكن الاحتراس منه، ويستطاع دفعه بالحراسة، والتحفظ منه بالحرز المناسب، وهو أمر مستطاع ومقدور عليه[١].

٢ - أن المأخذ هو إمكان الضمان، فما أمكن تضمينه لا يعد جائحة، حيث يرجع بالبدل أو القيمة، فهو ضامن ومتبوع بالغرم.

والسارق يمكن تضمينه حتى ولو كان معدماً، فيكون ذلك في ذمته، وإن كان غير معدم فكذلك، لأن الغالب انكشاف أمره، أو القبض عليه ولو بعد فترة من الزمن. والله أعلم .

---

(١) إعلام الموقعين ٣٥٨/١، والقول الواضح ١١٠ - ١١١.

وجه الدلالة من الآية :

أن الله تعالى توعد بالعذاب على من يرد بالحرم إلحاداً بظلم، فدل على تحريم ذلك، ومن الإلحاد بظلم الاحتكار لما روى أبو داود[١] عن يعلى بن أمية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «احتكار الطعام في الحرم إلحاد فيه»[٢] وهو قول عمر بن الخطاب كما ذكر ذلك القرطبي[٣] في تفسيره[٤].

٢ - استدلوا بجملة من الأحاديث التي تدل على تحريم الاحتكار، وأن المحتكر آثم بفعله، ومن هذه الأحاديث:

أ - قوله صلى الله عليه وسلم : «من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله، وبرئ الله منه» [٥] ذكر الكاساني في وجه الدلالة من هذا الحديث: أن مثل هذا الوعيد لا يلحق إلا بارتكاب الحرام[٦].

ب - قوله صلى الله عليه وسلم : «من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه

---

(١) هو سليمان بن الأشعث بن شداد الأزدي السجستاني، صاحب السنن أحد الكتب الستة. محدث البصرة إمام أهل الحديث في عصره. توفي سنة ٢٧٥هـ. من مؤلفاته: «السنن»، و«المراسيل».

[سير أعلام النبلاء ٢٠٣/١٣، وطبقات علماء الحديث ٢٩٠/٢].

(٢) أخرجه أبو داود ٥٢٢/٢ في كتاب المناسك باب تحريم حرم مكة رقم الحديث ٢٠٢٠. والحديث ضعفه ابن القطان كما في فيض القدير للمناوي ١٨٢/١. وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ١٠١/٤ : رواه الطبراني في الأوسط وفيه عبدالله بن المؤمل وثقه ابن حبان وضعفه جماعة.

(٣) هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج. أندلسي من أهل قرطبة . إمام في التفسير. رحل إلى المشرق واستقر بمنية بني الخصيب بصعيد مصر. توفي سنة ٦٧١هـ. من مؤلفاته: «الجامع لأحكام القرآن»، و«التذكرة بأمور الآخرة».

[الديباج المذهب ٣١٧ - ٣١٨، شذرات الذهب ٣٣٥/٥].

(٤) الجامع لأحكام القرآن ٢٤/١٢ ، وانظر الحاوي ٤٠٩/٥.

(٥) أخرجه أحمد ٣٣/٢، والحاكم ١١/٢-١٢، وفيه أبو بشر الأملوكي ضعفه ابن معين كما في مجمع الزوائد للهيثمي ١٠٠/٤، وانظر التلخيص الحبير ١٣/٣، ونصب الراية ٢٦٢/٤ .

(٦) بدائع الصنائع ١٢٩/٥ .

الله بالجذام والإفلاس»[١]، وقوله صلى الله عليه وسلم: «الجالب مرزوق والمحتكر محروم». وفي رواية «ملعون»[٢] ، وقوله صلى الله عليه وسلم: «من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة»[٣].

وجه الدلالة من الأحاديث :

أن الله تعالى توعد المحتكر بالنار والجذام والإفلاس، ووصفه بالحرمان، واللعنة، وكل ذلك يدل دلالة صريحة على أن ذلك يعتبر فعلا محرماً، وصاحبه آثم إذ الوعيد بالنار ونحوه لا يكون على شيء جائز.

ج - قوله صلى الله عليه وسلم : من احتكر فهو خاطىء»[٤] وفي رواية: «لا يحتكر إلا خاطىء»[٥].

---

(١) أخرجه أحمد ٢١/١، وابن ماجة ٧٢٩/٢ في كتاب التجارات باب الحكرة والجلب. رقم الحديث ٢١٥٥ وصحح إسناده البوصيري في الزوائد ٨/٢، وحسن إسناده ابن حجر في فتح الباري ٣٤٨/٤.

(٢) أخرجه ابن ماجة ٧٢٨/٢ في كتاب التجارات باب الحكرة والجلب. رقم الحديث ٢١٥٣، والحاكم ١١/٢، والدارمي ٣٢٤/٢ في كتاب البيوع باب في النهي عن الاحتكار رقم الحديث ٢٥٤٤، والبيهقي ٣٠/٦ في البيوع باب ما جاء في الاحتكار، وضعفه ابن حجر في التلخيص ١٣/٣، والبوصيري في الزوائد ٨/٢.

(٣) أخرجه أحمد ٢٧/٥، والحاكم ١٢/٢ - ١٣ والبيهقي في البيوع باب ما جاء في الاحتكار وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ١٠١/٤ (فيه زيد بن مرة أبو المعلى ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله رجال الصحيح).

(٤) أخرجه مسلم ١٢٢٧/٣ في كتاب المساقاة باب تحريم الاحتكار في الأقوات رقم الحديث ١٦٠٥ من حديث معمر بن عبدالله.

(٥) أخرجها مسلم ١٢٢٨/٣ في كتاب المساقاة باب تحريم الاحتكار في الأقوات.

ذكر النووي في وجه الدلالة من الحديث بروايتيه: أنه صريح في تحريم الاحتكار، فإن الخاطئ عند أهل اللغة هو العاصي الآثم[(١)].

٣ – أن الاحتكار ظلم، لأن ما يباع في المصر قد تعلق به حق العامة، فإذا امتنع المشتري عن بيعه عند شدة حاجتهم إليه فقد منعهم حقهم، ومَنْعُ الحق عن المستحق ظلم وحرام[(٢)].

٤ – عد ابن حجر الهيتمي[(٣)] الاحتكار من الكبائر ، حيث ذكر أنه ظاهر الأحاديث التي فيها الوعيد الشديد، واللعنة وبراءة ذمة الله ورسوله منه، والضرب بالجذام والافلاس، وبعض هذه دليل على الكبيرة[(٤)].

هذه هي الأدلة التي استدل بها الفقهاء على تحريم الاحتكار، ولا خلاف بينهم في أن الحكمة من تحريم الاحتكار هي دفع الضرر عن العامة ، ولذلك أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره فإنه يجبر على بيعه، دفعاً للضرر عن الناس، وتعاونا على حصول

---

(١) شرح صحيح مسلم ٤٣/١١، وقال الشوكاني في نيل الأوطار ٢٥٠/٥ بعد أن ذكر الأحاديث الدالة على تحريم الاحتكار: (ولا شك أن أحاديث الباب تنتهض بمجموعها للاستدلال على عدم جواز الاحتكار لو فرض عدم ثبوت شيء منها في الصحيح، فكيف وحديث معمر المذكور في صحيح مسلم، والتصريح بأن المحتكر خاطىء كاف في إفادة عدم الجواز، لأن الخاطىء المذنب العاصي).

(٢) بدائع الصنائع ١٢٩/٥، والاختيار ٤٢٢/٢، والطرق الحكمية ٢٠٥.

(٣) هو أحمد بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري. فقيه شافعي تلقى العلم بالأزهر وانتقل من مصر إلى مكة وصنف بها كتبه وبها توفي سنة ٩٧٣هـ. من مؤلفاته «تحفة المحتاج شرح المنهاج»، و«الزواجر عن ارتكاب الكبائر».

[البدر الطالع ١٠٩/١، شذرات الذهب ٣٧٠/٨].

(٤) الزواجر ٢٣٣/١.

لقمة العيش(١).

---

(١) شرح صحيح مسلم ١١/٤٣، ومواهب الجليل ٤/٢٨٨، والطرق الحكمية ٢٠٥، ائر

لابن نجيم ٨٧. وقد اختلف الفقهاء في ما يجري فيه الاحتكار، فيرى جمهورهم ـ إنما يكون في القوت خاصة، أما المالكية فيرون أن الاحتكار يجري في كل ما يحتاجه الناس ويتضررون من حبسه، ووافقهم على ذلك الظاهرية، وفي قول لمحمد بن الحسن أنه لا احتكار إلا في القوت والثياب خاصة.

انظر بدائع الصنائع ٥/١٢٩، ومواهب الجليل ٤/٢٢٧، ومغني المحتاج ٢/٣٨، والمغني ٤/١٥٤، والروض النضير ٣/٣٠٨، وشرائع الإسلام ٢/٢١، والمحلى ٩/٦٤، ونيل الأوطار ٥/٢٥٠.

وقد ذكر الفقهاء على خلاف بينهم شروطاً للاحتكار منها :

أ - أن يكون الشراء وقت الغلاء ويحبسه انتظاراً للغلاء.

ب - أن يملك السلعة بطريق الشراء .

جـ - أن يكون الحبس لمدة معينة .

د - أن يكون قاصداً أن يغلي السلع على الناس ويخرجها لهم وقت الغلاء.

انظر بدائع الصنائع ٥/١٢٩، والتاج والإكليل ٤/٣٨٠، ومغني المحتاج ٢/٣٨، والمغني ٤/١٥٤، والروض النضير ٣/٣٠٨.

المسألة الثانية : حكم التسعير(١) .

التسعير محرم عند عامة الفقهاء في الجملة ، إلا ما استثناه بعض الفقهاء بشروط معينة سيأتي الحديث عنها .

أما دليل التحريم الذي استدلوا به فهو ما يلي :

١ - قوله تعالى : **«يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم»**(٢).

وجه الدلالة من الآية :

أن الله تعالى حرم أكل أموال الناس بالباطل إلا إذا كانت تجارة مبنية على التراضي ، فالآية تخبر بأن حل أموال الناس يكون بالتراضي، أما التسعير فلا

---

(١) التسعير في اللغة : تقدير السعر. يقال: سعرت الشيء تسعيراً أي جعلت له سعراً معلوماً ينتهي إليه، لسان العرب ٣٦٥/٤، والقاموس المحيط ٧٠/٢، والمصباح المنير ١٠٥ مادة «سعر».

وأما التسعير في الاصطلاح فتعددت عبارات الفقهاء فيه على تقارب في معناها ومنها :

أ - تعريف الحنفية : هو أن يسعر الحاكم على الأرباب سعراً معيناً بمشورة أهل الرأى إذا تعدوا من القيمة تعدياً فاحشا، حاشية ابن عابدين ٢٥٦/٥.

ب - تعريف المالكية : هو تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدرا للمبيع بدرهم معلوم، شرح حدود ابن عرفة ٣٥٦/١.

جـ - تعريف الشافعية : هو أن يأمر الوالي السوقة أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بكذا، للتضييق على الناس في أموالهم، مغني المحتاج ٣٨/٢.

د - تعريف الحنابلة : هو تقدير السلطان أو نائبه للناس سعراً وإجبارهم على التبايع بما قدره، وقيل: هو أن يسعر الإمام أو نائبه على الناس سعراً وإجبارهم على التبايع به، مطالب أولي النهى ٦٢/٣، وكشاف القناع ١٨٧/٣.

هـ - تعريف الشوكاني : هو أن يأمر السلطان أو نوابه أو من ولي أمر المسلمين أهل السوق ألا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فيمنع من الزيادة عليه أو للنقصان لمصلحة، نيل الأوطار ٢٤٧/٥.

و - تعريف معجم لغة الفقهاء ١٣٠ : هو فرض الدولة الأثمان العادلة للسلع قطعاً لجشع التجار.

(٢) سورة النساء / آية ٢٩ .

يتحقق به التراضي.

٢ – حديث أنس رضي الله عنه قال: غلا السعر في المدينة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا: يارسول الله: قد غلا السعر فسعر لنا. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال»(١).

وجه الدلالة من الحديث من وجهين:

أ – أنه صلى الله عليه وسلم لم يسعر بعد أن سأله الصحابة عن ذلك، ولو كان جائزاً لأجابهم إليه.

ب – أنه علل ما أجاب به الصحابة بأن ذلك مظلمة، والظلم لاشك في حرمته(٢).

٣ – أن التسعير ظلم للبائع بإجباره على بيع سلعته بغير حق، أو منعه من بيعها بما يتفق عليه المتعاقدان(٣).

٤ – في التسعير تضييق على الناس في أموالهم، وذلك لأن الجالبين للسلع إذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعهم لبلد يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ويكتمها، ويطلبها أهل الحاجة إليها فلا يجدونها إلا قليلا، فيرفعون في ثمنها ليصلوا إليها، فتغلوا الأسعار ويحصل الاضرار بالجانبين، جانب المشتري في منعه من الوصول إلى غرضه، وجانب الملاك في

---

(١) أخرجه أبوداود ٣/٧٣٠ في كتاب البيوع باب في التسعير. رقم الحديث ٣٤٥١، والترمذي ٣/٦٠٥ – ٦٠٦ في كتاب البيوع باب ما جاء في التسعير رقم الحديث ١٣١٤، وابن ماجة ٢/٧٤١ في كتاب التجارات باب من كره أن يسعر رقم الحديث ٢٢٠٠. قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/١٤، (إسناده صحيح على شرط مسلم وقد صححه ابن حبان والترمذي).

(٢) الكافي لابن قدامة ٢/٤١.

(٣) الكافي لابن قدامة ٢/٤١، والمنتقى ٥/١٨.

منعهم من بيع أملاكهم، فيكون حراما لذلك[١].

٥ - مما يدل على أن التسعير ممنوع شرعاً، ضار بالناس، أنه يعتبر تقديراً للثمن، فهو نوع حجر على البائع بدون وجه حق[٢].

٦ - أن الإمام مندوب إلى النظر في مصالح الكافة، وليس نظره في مصلحة المشتري بأولى من نظره في مصلحة البائع لوفور الثمن، وإذا تقابل الأمران وجب تفريق الفريقين في الاجتهاد لأنفسهم، فيجتهد المشتري في الاسترخاص، ويجتهد البائع في وفور الربح، أما التسعير فإنه يفوت على المشتري والبائع أو أحدهما مصلحة الاسترخاص أو الربح[٣].

هذه مجمل الأدلة التي استدل بها الفقهاء على تحريم التسعير في الجملة، إلا أن هناك بعض الحالات التي يجوز فيها التسعير، ويكون للحاكم بمقتضاها حق التدخل بالتسعير، وقد يجب عليه ذلك أحيانا، ويمكن أن نضرب بعض الأمثلة لذلك على النحو التالي:

أ - صرح الزيلعي[٤] وغيره من فقهاء الحنفية بجواز التسعير من قبل الحاكم إذا كان أرباب الطعام يتحكمون على المسلمين، ويتعدون تعدياً فاحشاً،

---

(١) الكافي لابن قدامة ٤١/٢، والمنتقى ١٨/٥ ، والتاج والإكليل ٣٨٠/٤.

(٢) الاختيار ٤٢٣/٢، والحاوي ٤٠٩/٥.

(٣) الحاوي ٤٠٩/٥ - ٤١٠ ، وانظر في ذلك: حاشية ابن عابدين ٢٥٦/٥، والمنتقى ١٨/٥ - ١٩، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٩٣/٣، وكشاف القناع ١٨٧/٣، ونيل الأوطار ٢٤٨/٥، والأحكام السلطانية للماوردي ٣١٩، والأحكام السلطانية للفراء ٣٠٣، والسيل الجرار ٨١/٣.

(٤) هو عثمان بن علي بن محجن فخر الدين الزيلعي. من أهل زيلع بالصومال، من فقهاء الأحناف. كان مشهوراً بالنحو والفقه والفرائض، قدم القاهرة ودرس وأفتى ونشر الفقه. توفي سنة ٧٤٣هـ. من مؤلفاته: «تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق»، و«الشرح على الجامع الكبير».

[الفوائد البهية ١١٥، الدرر الكامنة ٤٤٦/٢].

وعجز السلطان عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير، فلا بأس به بمشورة أهل الرأي والنظر(١).

ب - يجوز التسعير إذا احتاج الناس إلى السلعة ، فإذا وجدت مصلحة واحتاج النـاس إلى السلعة جاز التسعير، مثل من كان عنده طعام لا يحتاج إليه، والناس في مخمصة، أو سلاح لا يحتاج إليه والناس محتاجون إليه للجهاد، فهذا يجب إجباره على البيع بقيمة المثل من أجل حاجة الناس، ودفع الضرر عنهم.

ولهذا يذكر ابن القيم أن لولي الأمر أن يكره المحتكرين على بيع ما عندهم بقيمة المثل، عند ضرورة الناس إليه، مثل من عنده طعام لا يحتاج إليه، والناس في مخمصة، أو سلاح لا يحتاج إليه والناس يحتاجون إليه للجهاد، أو غير ذلك، فإن من اضطر إلى طعام غيره: أخذه منه بغير اختياره بقيمة المثل، ولو امتنع عن بيعه إلا بأكثر من سعره فأخذه منه بما طلب: لم يجب عليه إلا بقيمة المثل(٢).

وذكر أيضاً أن التسعير في حالة احتياج الناس: إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به، فإذا امتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بالزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، فالتسعير ههنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به(٣).

وكذا ذكر ابن تيمية أن لولي الأمر أن يكره الناس على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه، مثل من عنده طعام لا يحتاج إليه، والناس في مخمصة، فإنه يجبر على بيعه للناس بقيمة المثل، ولهذا قال الفقهاء: من اضطر

---

(١) تبيين الحقائق ٢٨/٦، وانظر الاختيار ٤٢٣/٢، والفتاوى الهندية ٢١٤/٣، وفتح القدير ٥٩/١٠.

(٢) الطرق الحكمية ٢٠٥، وانظر المنتقى ١٧/٥، والحسبة ٣٨.

(٣) الطرق الحكمية ٢٠٦، و٢١٧ - ٢١٨، وانظر فتح القدير لابن الهمام ٥٩/١٠.

إلى طعام الغير أخذه منه بغير اختياره بقيمة مثله، ولو امتنع عن بيعه بأكثر من سعره لم يستحق إلا سعره(١).

جـ - صرح ابن تيمية أنه مما يجب فيه التسعير عند العلماء بلا تردد عند أحد منهم، أن يكون الناس قد التزموا أن لا يبيع الطعام أو غيره إلا أناس معروفون، لا تباع تلك السلع إلا لهم، ثم يبيعونها هم، فلو باع غيرهم ذلك، منع إما ظلماً لوظيفة تؤخذ من البائع، أو غير ظلم، لما في ذلك من الفساد، فههنا يجب التسعير عليهم بحيث لا يبيعون إلا بقيمة المثل، ولا يشترون أموال الناس إلا بقيمة المثل بلا تردد في ذلك، عند أحد من العلماء(٢).

وذكر ابن القيم نحو هذا الكلام، وأن التسعير في مثل هذا واجب بلا نزاع، وعلل ذلك بأنه إذا منع غيرهم أن يبيع ذلك النوع أو يشتريه، وسوغ لهم أن يبيعوا بما شاءوا أو يشتروا بما شاءوا: كان ذلك ظلماً للناس: ظلماً للبائعين الذين يريدون بيع تلك السلع، وظلماً للمشترين منهم، فالتسعير في مثل هذا واجب بلا نزاع(٣).

د - ومما يجب فيه التسعير تواطؤ التجار على سعر معين يحقق لهم ربحاً فاحشاً، فيضطر الناس إلى شرائها بأكثر من ثمن المثل، ذكر ذلك ابن تيمية وذكر أنه قد منع غير واحد من العلماء - كأبي حنيفة وأصحابه(٤) - القسام الذين يقسمون العقار وغيره بالأجر أن يشتركوا، فإنهم إذا اشتركوا والناس محتاجون إليهم، أغلوا عليهم الأجر، فمنع البائعين الذين تواطؤا على أن لا يبيعوا إلا بثمن

---

(١) الحسبة ٣٨.

(٢) الحسبة ٤٠ .

(٣) الطرق الحكمية ٢٠٧ .

(٤) انظر حاشية ابن عابدين ٥/١٦٣، وفتح القدير ٩/٤٢٩، وتبيين الحقائق ٥/٢٦٥.

قدروه أولى.

وكذلك منع المشترين إذا تواطؤا على أن يشتركوا فيما يشتريه أحدهم، حتى يهضموا سلع الناس أولى.

وذلك لأن إقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان، وقد قال الله عزوجل: «**وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان**»(١)، فنهى عن كل ما يعين على الإثم والعدوان وأمر بكل ما يعين على البر والتقوى(٢).

هـ - ومن ذلك : أن يحتاج الناس إلى صناعة - كالفلاحة والنساجة والبناء وغير ذلك - فلولي الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة مثلهم إذا امتنعوا عن ذلك، ولا يمكّنهم من مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل، ولا يمكّن الناس من ظلمهم، بأن يعطوا دون حقهم(٣).

هذا هو حكم التسعير ، ويمكن أن نلخص نظرية التسعير في الفقه الإسلامي فنقول: إذا كان غلاء السعر بفعل عامل قدري لا دخل للإنسان فيه، فإن التسعير يكون عندئذ حراماً وظلماً، أما إذا كان بفعل جشع الإنسان واحتكاره ورغبته في

---

(١) سورة المائدة / اية ٢.

(٢) الطرق الحكمية (٢٠٨) ويذكر في المرجع نفسه أن التسعير في الحالات السابقة واجب وهو إلزام بالعدل ومنع من الظلم، وهو من الإكراه بحق، يقول: (كما أنه لا يجوز الإكراه على البيع بغير حق، فيجوز أو يجب الإكراه عليه بحق) ومثل لذلك ببيع المال لقضاء الدين الواجب، والنفقة الواجبة، ومثل البيع للمضطر إلى طعام أو لباس، ومثل الغراس والبناء في ملك الغير فإن لرب الأرض أن يأخذه بقيمة المثل، ومثل الأخذ بالشفعة فإن للشفيع أن يتملك الشقص بثمنه قهراً، وغيرها من الأمثلة. انظر الطرق الحكمية ٢٠٧.

(٣) الطرق الحكمية ٢٠٨ - ٢٠٩، والحسبة ٤٣.

هذا وقد اختلف الفقهاء في مسائل منها كيفية التسعير، وما يدخله التسعير، ومن يسعر عليه، وغيرها من المسائل. انظر في ذلك: حاشية ابن عابدين ٥/٢٥٦، والمنتقى ٥/١٨، ومغني المحتاج ٢/٣٨، وشرح منتهى الإرادات ٢/١٥٩، والسيل الجرار ٣/٨١ - ٨٢.

إغلاء السعر بغير حق، فإن التسعير يكون عندئذ واجباً.

وعلى هذا يحمل حديث أنس السابق حيث إن ارتفاع الأسعار كان طبيعياً يرجع إلى الظروف الاقتصادية العامة، وليس ناشئاً عن احتكار أو تلاعب جماعة من الناس، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم « إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعر»، أي أن الله هو القادر على أن يغير هذه الأوضاع بما يؤدي إلى رخص الأسعار بطريقة طبيعية، ولذلك فإن محاولة التدخل في الأسعار عندئذ ظلم للمتنجين والبائعين.

ولاشك في أن جبر المنتج أو التاجر على أن يبيع بخسارة أو بمكسب أقل من ضروراته ظلم له، لأنه يؤدي إلى التوقف عن الانتاج والتجارة ، وهذا يضر بالمصلحة العامة والخاصة معاً.

أما الحالة الثانية وهي فيما إذا كان التسعير بفعل جشع الإنسان واحتكاره فهنا يجب التدخل في الأسعار وإجبار المحتكرين والمستغلين وحملهم على ما يحقق مصلحة الجماعة، ويحفظ لهم في نفس الوقت نسبة معقولة من الربح تكفي ضروراتهم وتساوي جهد عملهم[١].

---

(١) انظر الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجي (٣٢٦ - ٣٢٧).

المسألة الثالثة : اعتبار الخسارة بسببهما سبباً لوضع الجائحة :

بعد أن ذكرنا في المسألتين السابقتين تعريف الاحتكار والتسعير، وحكم كلٍّ منهما، نبين في هذه المسألة حكم من يتضرر بسبب الاحتكار والتسعير، وهل يستحق التعويض على هذه الخسارة والضرر، فتكون هذه الخسارة سببا لوضع الجائحة، التي هي الخسارة والضرر بسبب الاحتكار والتسعير.

قد ذكرنا فيما سبق أن الفقهاء اتفقوا في الجملة على أن الاحتكار ممنوع شرعاً، وأن المحتكر يجبر على بيع ما احتكره دفعاً للضرر والناس.

وأنهم اتفقوا أيضا في الجملة على تحريم التسعير وأنه ظلم للبائع بإجباره على بيع سلعته بغير حق، وأنه يجوز التسعير في حالة تحكم التجار على المسلمين وتعديهم تعدياً فاحشاً، لحاجة الناس إلى السلع المهمة، وخصوصاً في وقت الحاجة، فيجوز التسعير، حفظاً لحق عامة الناس لئلا يضر بهم استغلال التجار وطمعهم.

هذا هو كلام الفقهاء في الجملة حيث بينوا أن الاحتكار ممنوع شرعاً، وأن التسعير يجوز إذا كان في ذلك حفظاً لحقوق عامة الناس، ويلاحظ هنا أن العلة في تحريم الاحتكار وجواز التسعير في بعض صوره واحدة، وهي دفع الضرر عن عامة الناس، وحفظ حقوقهم.

ولاشك أننا مع قولنا بتحريم الاحتكار وجواز التسعير رعاية لحقوق الناس ودفعا للضرر عنهم، فلابد أن نعلم أن هناك من يتضرر بذلك وهم المحتكرون الذين أجبروا على بيع سلعهم، والمسعر عليهم الذين أجبروا على بيع سلعهم بسعر معين يتضررون به.

فهل هل الضرر الذي تضرر به المحتكرون والمسعر عليهم يعتبر جائحة من الجوائح، يستحق بها هؤلاء التعويض عن الضرر اللاحق بهم، أو لا يعتبر جائحة،

فلا يحق لهم المطالبة بالعوض.

لم ينص الفقهاء - بحسب اطلاعي[١] - على هذه المسألة، إلا أنه يفهم من عباراتهم وبعض القواعد الكلية التي قعدوها، ما يؤدي إلى فهم هذه المسألة وبيان حكمها ومن هذه القواعد قاعدة دفع الضرر، التي نص عليها الفقهاء.

فإن دفع الضرر عن الناس يعتبر أصلاً ثابتاً في الإسلام، ذلك أن صيانة الناس من إنزال الضرر بهم، وإيلامهم بأي وجه من وجوه الإيلام، أصل اعتبره الشرع وقعد له قواعد وضوابط، بل إن الفقهاء جعلوا قاعدة دفع الضرر أصلاً بنوا عليه أكثر أبواب الفقه، لأن ذلك يؤدي إلى تحقيق مصالح العباد، فالأحكام الشرعية كلها قامت لهذا الهدف النبيل وهو تحقيق مصالح العباد، وكل حق ثابت مقيد بعدم الضرر[٢].

إذا تبين هذا علم منه أنه لا يجوز لأحد أن يلحق الضرر بغيره، وإن أضر بغيره عوقب على فعله هذا، وإن أجبر بأمر ولي الأمر، وأكره على فعل ما، كبيع سلعته ونحو ذلك، من أجل مصلحة الناس، ودفع الضرر عنهم، فلا يستحق بسبب ذلك تعويضاً على ما يسببه هذا الإجبار والإكراه من ضرر عليه وعلى ماله، لأنه هو الجاني وهو الذي تسبب في إيقاع الضرر على الناس.

بل إنه يستحق العقوبة على إضراره بالناس، فيعامل المحتكر مثلاً بنقيض قصده، فيحرم من الربح، ويؤخذ منه عقوبة له، ومعاملة له بالنقيض، كما يذكر الباجي في شأن المحتكرين، أن من احتكر شيئا وأضر بالناس فإنه يتوب ويخرجه إلى السوق ويبيعه من أهل الحاجة إليه بمثل ما اشتراه به لا يزداد فيه شيئا، فإن أبى من ذلك، يخرج من يده إلى أهل السوق يشتركون فيه بالثمن، فإن لم يعلم

---

(١) إلا نص ابن حزم على ذلك بقوله: (والخسارة لانحطاط السعر جائحة بلا شك)، المحلى ٨/٣٨٥.

(٢) الموافقات ٢/٣٦٢ .

ثمنه فبسعره يوم احتكاره[(١)].

فالباجي كما ترى يجعل لولي الأمر حق التدخل فيما يضر بالناس بسبب الاحتكار، فيبيع مال المحتكر كرهاً، ويحرمه من الربح المتوقع في نظره، وهذا الإجراء في حقيقة الأمر يؤثر على المحتكر مادياً، لكنه يرد كيده في نحره، فحرمانه من الربح المتوقع، وتوبيخه وتعزيره كفيل بأن يرده إلى صوابه، ويمنعه من الاحتكار[(٢)].

وجاء في فقه الإباضية أنه لا يترك المحتكر يبيع بأكثر مما اشترى ، بل يجبر على البيع كما اشترى، وأنه إن قبض عليه بعد التربص بالغلاء أجبر على البيع بمثل ما اشترى، وقد يمنع من الربح مطلقاً لسوء نيته[(٣)].

مما سبق يتبين لنا أن الاحتكار والتسعير لا يعتبران سببين لوضع الجائحة في الحالات التي يجب فيها التسعير والتي تكون بسبب جشع الانسان ورغبته في إغلاء السعر بغير حق، فالضرر الحاصل على المحتكر والمسعر عليه إنما هو بسبب احتكار السلع ورفع سعرها في وقت حاجة الناس، وهذا فيه إضرار بالغير، فلا يستحق بذلك عوضاً عن هذا الاضرار. أما الحالات التي لا يجوز التسعير فيها فإن الجائحة عندئذ معتبرة، وهي الحالات التي يكون فيها غلاء الأسعار طبيعياً بغير فعل الانسان، فيكون التسعير سبباً لوضع الجائحة عن المتضرر وهو المنتج والبائع.

ومع أن المحتكر والمسعر عليه لا يستحقان التعويض والضرر الحاصل بسبب الاحتكار ورفع السعر، إلا أنه من العدل أن لا يقع الظلم عليهم، فلذلك صرح الفقهاء بأنه في حالة بيع الطعام عليهم وإلزامهم بذلك، فإنهم يلزمون ببيع

---

(١) المنتقى ١٧/٥ .

(٢) في بدائع الصنائع ١٢٩/٥ : إذا خاف الإمام الهلاك على أهل المصر أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم. وانظر الاختيار ٤٢٢/٤ - ٤٢٣، ومطالب أولي النهى ٦٤/٣، والطرق الحكمية ٢٠٥.

(٣) شرح النيل ١٠٤/٤، وانظر حاشية ابن عابدين ٥٦/٥، ومواهب الجليل ٢٢٧/٤ - ٢٢٨، ونهاية المحتاج ٤٧٢/٣، والحسبة لابن تيمية ٣٨.

ما زاد على قوتهم وقوت عيالهم، حتى لا يقع الضرر على من تلزمهم نفقته.

ففي حاشية ابن عابدين : (ويجب أن يأمره القاضي ببيع ما فضل من قوته وقوت أهله)[١]:

وفي الاختيار (وإذا رفع إلى القاضي حال المحتكر يأمره ببيع ما يفضل من قوته وعياله)[٢]،

ويوضح الرملي[٣] ذلك بأن المحتكر يجبر على ما كان زائداً عن كفايته فيذكر أنه يجبر من عنده زائد على ذلك - أي عن كفايته - على بيعه في زمن الضرورة[٤].

ويقرر ذلك الكاساني فيذكر حكم الاحتكار وأنه يؤمر المحتكر بالبيع إزالة للظلم، لكن دون ظلم وضرر بمن يعول. فيؤمر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله[٥].

وجاء في فقه الزيدية أنه يحرم احتكار قوت الآدمي والبهيمة، الفاضل عن كفايته ومن يمون، وأنه يجب عليه عند وجود الضرر على العامة البيع بما يفضل عن كفايته وكفاية من يمون[٦].

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥/٢٥٦.

(٢) الاختيار ٤/٤٢٢ - ٤٢٣.

(٣) هو محمد بن أحمد بن حمزة شمس الدين الرملي فقيه الديار المصرية في عصره، ومرجعها في الفتوى. يقال له الشافعي الصغير. نسبته إلى الرملة من قرى المنوفية بمصر. ولد بالقاهرة وتوفي بها سنة ١٠٠٤هـ. من مؤلفاته : « نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج»، و«غاية البيان في شرح زبد ابن رسلان».

[الأعلام (٦/٧) - معجم المؤلفين (٨/٢٥٥)] .

(٤) نهاية المحتاج ٣/٤٧٢، وفي حاشية الجمل ٣/١٨ : ومن الإكراه بحق أن يكون عنده طعام يحتاج إليه فيكرهه الحاكم على البيع الزائد عن كفايته سنة.

(٥) بدائع الصنائع ٥/١٢٩، وتبيين الحقائق ٦/٢٨ .

(٦) السيل الجرار ٣/٧٥ .

وبهذا يتحقق ميزان العدل الذي أمر الله تعالى به بقوله عز وجل: «**إن الله يأمر بالعدل والإحسان**»[1]، فجبر المحتكر المضار على إخراج المادة المحتكرة المخزونة، وطرحها في السوق، فيه إزالة للظلم عن الناس، وتحقيق لمصالحهم، كما أن فيه مصلحة للبائع حيث يبيع هذه المواد ويحقق ربحا معقولاً دون أن يضر ذلك بكفايته وكفاية من يعول، وفي ذلك توفيق وتنسيق بين المصلحتين، وهو ما تقضي به مباني العدل وموجهاته في التشريع الإسلامي[2]. والله أعلم .

---

(١) سورة النحل : آية ٩٠.

(٢) انظر المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي ٩٤ – ٩٧ .

المطلب الرابع: الخلاف في الأعذار

ذكرنا فيما سبق الأسباب المختلف فيها لوضع الجائحة: وهي الجيش والسرقة والاحتكار والتسعير، وهناك مسألة أخرى قد اختلف فيها الفقهاء، وهي اعتبار الأعذار سبباً لوضع الجائحة.

تتبين هذه المسألة بعد أن نذكر المراد بالأعذار .

* **المراد بالأعذار :**

يقصد بالأعذار في هذا المبحث : ما يطرأ على عقد الإجارة من ظروف وطوارئ يترتب عليها ضرر يلحق بأحد المتعاقدين، وذلك بعد المضي في العقد، ولا يندفع بدون فسخ، وسواء كان هذا العذر والظرف الطارئ من جانب المستأجر أم المؤجر أم العين المؤجرة نفسها.

فالعذر هو ما يكون عارضاً يتضرر به العاقد مع بقاء العقد، ولا يندفع بدون الفسخ[1]، كما ذكر ابن عابدين[2] قاعدة في ذلك وهي أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ[3].

ونصت مجلة الأحكام العدلية على ذلك عند صياغتها للمادة ٤٤٣ وفيها: «لو

---

(١) نظرية الضرورة الشرعية للزحيلي ٣٢٠ - ٣٢١.

(٢) هو محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين . فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، مشهور بابن عابدين. حفظ القرآن وهو صغير جداً. توفي سنة ١٢٥٢هـ. من مؤلفاته: « رد المحتار على الدر المختار»، و«العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية».

[تكملة حاشية ابن عابدين ٦/١، الأعلام ٣٤٢/٦].

(٣) حاشية ابن عابدين ٥٠/٥، وانظر الفتاوى الهندية ٤٥٨/٤، وتبيين الحقائق ١٤٥/٥ .

حدث عذر مانع لاجراء موجب العقد تنفسخ الإجارة»[١].

وهذا العذر المانع له أنواع عدة كما تذكر المجلة، نذكر منها نوعين:

النـــوع الأول : إذا كان باستيفاء المعقود عليه ضرر بالنفس أو المال، ولذلك أمثلة منها:

١ - إذا علم القاضي أن المستأجر لأرض الوقف ينكر كونها وقفاً واشتبه في أنه يريد ضياع الوقف ليتملكه.

٢ - إذا كانت الإجارة مما تؤدي إلى استهلاك العين بدون عوض، كما لو استأجر خطاطاً لكتابة كتاب على أن يكون الورق والحبر منه.

٣ - إذا استأجر بناء لهدم بناء له ظن فيه خللاً ثم ظهر أنه لا خلل فيه.

٤ - إذا استأجر حيواناً ليركبه إلى محل كذا، ولما بلغ نصف طريقه مرض، ولم يكن له قدرة على التقدم.

٥ - إذا استكرى دابة لنقل أمتعته عليها إلى بلد كذا ، وبينما هو في الطريق إذ خرج عليه قطاع الطرق فنهبوا أمتعته.

٦ - إذا استأجر إنساناً لحفر بئر معلوم الطول والعرض والعمق، فحفر مقداراً منه ثم ظهر فيه صخر لا يمكن قطعه.

٧ - إذا مرض من استأجر أرضاً ليزرعها، وأصبح عاجزاً عن زرعها .

٨ - إذا اشترى شيئا فأجره من آخر فظهر فيه عيب قديم.

النوع الثاني : إفلاس المستأجر :

ومثاله : أن يستأجر إنسان حانوتاً لأجل التجارة ثم أفلس، أو استأجر خياط

---

(١) درر الحكام (١/٤٨٦)

يشتغل في ماله حانوتاً فأفلس.

النوع الثالث : فوات الغرض المقصود من الإجارة .

ومثاله أن يستكري إنسان دابة إلى بلد لاستيفاء دين له على رجل فيها، فحضر المدين نفسه بعد ذلك(١).

---

(١) انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٤٨٦ - ٤٨٩، وحاشية ابن عابدين ٥/٥٠، ومختصر الطحاوي ١٣٠ .

*: **اعتبار الأعذار سبباً لوضع الجائحة :**

بعد أن بينا في المطلب السابق المراد بالأعذار، نذكر في هذا المطلب خلاف الفقهاء في اعتبار هذه الأعذار سبباً لوضع الجائحة، بمعنى أن ما يطرأ من أسباب وظروف تمنع استيفاء المنفعة المعقود عليها منعاً باتاً : هل تعتبر موجبة لفسخ عقد الإجارة أو لا؟

وهــذا هــو معنى وضع الجائحة في الإجارة تشبيها لها بجائحة الثمار، حيث يبطل العقد – عند من يقول به – ويرجع المستأجر بما دفعه من أجره، كما يبطل عقد البيع في الثمار التي أصابتها الجائحة، ويرجع المشتري بما دفعه من ثمن.

اختلف الفقهاء في اعتبار الأعذار سبباً لفسخ الإجارة على قولين:

القول الأول : أن الإجارة تفسخ بالأعذار ، فإذا حدث الضرر لأحد المتعاقدين أو بالمستأجر فللمتضرر الفسخ. وهو مذهب الحنفية(١) والظاهرية(٢) والزيدية(٣).

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول لقولهم بما يلي :

١ – أن الشريعة تسعى للرفق بالناس، ورفع الحرج والمشقة عنهم، فلذلك تفسخ الإجارة بالأعذار، لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلزمه بالعقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر(٤).

---

(١) بدائع الصنائع ١٩٧/٤، والفتاوى الهندية ٤٥٨/٤، وتبيين الحقائق ١٤٦/٥.

(٢) المحلى ١٨٧/٨.

(٣) البحر الزخار (٥٩/٤ – ٦٠).

(٤) بدائع الصنائع ١٩٧/٤ .

ولذلك يذكر الموصلي الحنفي[١] قاعدة في ذلك وهي : أن الأصل أنه متى تحقق عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر يلحقه، وهو لم يرض به، يكون عذراً تفسخ به الإجارة دفعاً للضرر[٢].

ويقعد بعض الحنفية قاعدة وهي أن : (كل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعاً، ولكن يلحقه نوع ضرر يحتاج فيه إلى الفسخ)[٣] أي تفسخ به الإجارة.

ومثال ذلك : من استأجر حانوتاً ليتجر به فأفلس، أو آجر شيئاً ثم لزمه دين، ولا مال له سواه، فإن القاضي يفسخها، ويبيعه في الدين، لأنه على تقدير عدم الفسخ يلزمه ضرر لم يلزمه بالعقد، وهو حبسه على الدين والإجارة على تقدير الإفلاس، فينفسخ دفعاً للضرر.

وكذلك إذا استأجر دابة للسفر، فبدا له أمر مهم تفسخ الإجارة، لأنه يلزمه الضرر بالمضي على العقد، لأنه ربما أراد التجارة فأفلس، أو طلب غريما فحضر[٤].

٢ - أن إنكار الفسخ عند تحقق العذر يعتبر خروجاً عن الشرع والعقل، لأن ذلك يقتضي أن من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلاً ليقلعها فسكن الوجع، فإنه يجبر على القلع، وكذا من وقعت في يده أكلة، فاستأجر رجلا ليقطعها، فسكن الوجع، ثم برأت يده، فإنه يجبر على القطع، وكذا من أجر رجلا ليهدم بناء، فبدا

---

(١) هو عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي. من كبار فقهاء الحنفية. ولد بالموصل ورحل إلى دمشق وولي القضاء بالكوفة ثم عزل ثم استقر ببغداد مدرساً وتوفي فيها سنة ٦٨٣هـ. من مؤلفاته: «الاختيار لتعليل المختار»، وهو شرح لكتابه المختار.

[الفوائد البهية ١٠٦ ، والجواهر المضية ١/٢٩١] .

(٢) الاختيار ١/٣٠٥ .

(٣) الفتاوي الهندية ٤/٤٥٨ .

(٤) الاختيار ١/٣٠٥، وبدائع الصنائع ٤/١٩٧، وتبيين الحقائق ٥/١٤٦.

له أمر آخر، فإنه يجبر على الهدم(١).

وهذا كله قبيح عقلاً وشرعاً، لأن فيه إتلاف شيء من المال والبدن(٢).

٣ – أن المنافع في الإجارة غير مقبوضة، فصار العذر فيها كالعيب قبل القبض في المبيع، فينفسخ به، إذ المعنى يجمعهما، وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد، وهذا هو معنى العذر(٣).

٤ – ذكر ابن رشد الحفيد أن عمدة أبي حنيفة في اعتباره فسخ الإجارة بالأعذار هو أنه شبه ذهاب ما به تستوفى المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة(٤).

٥ – والحنفية يقسمون الأعذار الموجبة للفسخ إلى ثلاثة أقسام:

الأول : عذر من جانب المستأجر :

ومثاله : أن يفلس فيقوم من السوق، أو يريد سفراً، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى التجارة، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة.

والتعليل هو أن المفلس لا ينتفع بالحانوت، فكان في إبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة إضراراً به ضرراً لم يلزمه بالعقد، فلا يجبر على عمله، وإذا عزم على السفر، ففي ترك السفر مع العزم عليه ضرر به، وفي إبقاء العقد مع خروجه إلى السفر ضرر به أيضاً، لما فيه من لزوم الأجرة من غير استيفاء المنفعة.

ومما ينتج عن هذا أنه إذا لم يحصل النفع للمستأجر إلا بضرر يلحقه في ملكه أو بدنه فله فسخ الإجارة عندئذ، ومثاله أن يستأجر رجلا ليقصر له ثياباً، أو

---

(١) الفتاوي الهندية ٤/٤٥٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٤/١٩٧، وحاشية ابن عابدين ٥/٥٠، وتكملة فتح القدير ٩/١٤٧ .

(٣) تبيين الحقائق ٥/١٤٦، وتكملة فتح القدير ٩/١٤٧ .

(٤) بداية المجتهد ٢/٢٧٦ .

ليقطعها، أو يخيطها، أو يهدم له داراً، أو يقطع له شجراً، أو ليقلع ضرسه، أو ليحجم، أو ليفصد، أو ليزرع أرضاً، أو يحدث في ملكه شيئا من بناء أو تجارة، أو حفر، ثم يبدو له أن لا يفعل، فله أن يفسخ الإجارة، ولا يجبر على شيء من ذلك.

ويعللون لذلك بأن القصارة والقطع نقصان عاجل في المال بالغسل والقطع، وفيه ضرر، وهدم الدار وقطع الشجر إتلاف للمال، والزراعة إتلاف للبذر، وفي البناء إتلاف الآلة، وقلع الضرس والفصد إتلاف جزء من البدن، وفيه ضرر به، إلا أنه استأجره لمصلحة تأملها تربو على المضرة، فإذا بدا له علم أنه لا مصلحة فيه فبقي الفعل ضرراً في نفسه فكان له الامتناع من الضرر بالفسخ، إذ الإنسان لا يجبر على الإضرار بنفسه[1].

الثاني : عذر من جانب المؤجر :

ومثاله : أن يلحقه دين فادح، لا يجد قضاءه إلا من ثمن المستأجر من الإبل والعقار ونحو ذلك، وهذا يكون بثبوت الدين قبل عقد الإجارة بالبينة أو الإقرار، أما لو ثبت بعد عقد الإجارة بالإقرار فخلاف في المذهب[2].

ومثل أن يشتري شيئا فأجره ثم اطلع على عيب به، فله أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب على بائعه، وإن رضي المستأجر بالعيب، ويجعل حق الرد بالعيب عذراً له في فسخ الإجارة، لأنه لا يقدر على استيفائها إلا بضرر، وهو التزام المبيع المعيب[3].

الثالث : عذر راجع إلى العين المؤجرة :

ومثاله : أن يستأجر فندقاً سياحياً في قرية من القرى السياحية مدة معلومة،

---

(١) بدائع الصنائع ١٩٧/٤ - ١٩٨.

(٢) حيث رأي أبي حنيفة كما سبق، أما محمد وأبو يوسف فعندهما الدين الثابت بالإقرار بعد عقد الإجارة لا تفسخ به الإجارة لأنه متهم في هذا الإقرار، بدائع الصنائع ١٩٨/٤.

(٣) بدائع الصنائع ١٩٨/٤ - ١٩٩.

فنزح الناس ووقع الجلاء بسبب الحرب، فلا يجب الأجر.

ومن الأمثلة : بلوغ الصبي المستأجر الذي آجره أبوه للخدمة أو الحرفة، أو وصي أبيه أو جده، أو وصي جده أو القاضي أو أمينه، فبلغ في المدة فهو عذر إن شاء أمضى الإجارة، وإن شاء فسخ، لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضرراً بالصبي، فيعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلزمه فكان عذراً.

ومثل أن يستأجر رجل حماماً في قرية ليستغله، مدة معلومة، ثم هاجر أهل القرية، فلا يجب عليه الأجر للمؤجر.

وإذا استأجر شخص مرضعاً ثم أبى الصبي لبنها أو الإمساك بالثدي، أو مرضت هي، أو أراد أهل الصبي السفر، فامتنعت، كان هذا عذراً في فسخ الإجارة[1].

القول الثاني : أن عقد الإجارة عقد لازم كالبيع، لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة، وعلى هذا فلا تنفسخ الإجارة بالأعذار. وهو قول جمهور الفقهاء[2].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - أن الإجارة أحد نوعي البيع، فيكون العقد لازماً؛ إذ العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ إلا باتفاقهما، والمعروف أن العقود اللازمة لاتنفسخ إلا بوجود عيب، أو بذهاب محل استيفاء المنفعة المعقود عليها.

ولذلك نص الشافعية على أنه ليس لأحد المتعاقدين فسخ الإجارة بالأعذار

---

(١) بدائع الصنائع ٤/٢٠٠، والفتاوى الهندية ٤/٤٦٣ .

(٢) بداية المجتهد ٢/٢٧٥، والمهذب ٤/٤٠٥، والمغني ٥/٢٦٠، ومفتاح الكرامة (١٥٨/٣)، وكتاب النيل وشفاء العليل (١٧٦/١٠).

عيناً كانت أو ذمة، مادام العذر لا يوجب خللاً في المعقود عليه، فتعذر وجود الحمام، أو تعذر سفر المستأجر أو مرضه، لا يخوله الحق في فسخ العقد، ولا حط شيء من الأجرة[١].

ويذكر النووي هذه العلة، وهي عدم فسخ الإجارة بالعذر إلا إذا وجد خلل في المعقود عليه، حيث جاء في روضة الطالبين: (لا تنفسخ الإجارة بالأعذار سواء كانت إجارة عين أو ذمة، وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر فمرض، أو حانوتاً لحرفة فندم أو هلكت آلات الحرفة، أو حماماً فتعذر الوقود، وكذا لو كان العذر للمؤجر، بأن مرض وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره وأهله مسافرون، فعادوا واحتاج إلى الدار، أو تأهل، فلا فسخ في شيء منها، إذ لا خلل في المعقود عليه)[٢].

والحنابلة أيضاً ذكروا هذه العلة فقالوا : لا يجوز فسخ عقد الإجارة مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر، فلم يجز لعذر في غير المعقود عليه تشبيها بالبيع. ومثلوا له بمن يكترى للحج فتضيع نفقته، أو يكترى دكاناً يبيع فيه متاعه فيحترق متاعه[٣].

أما ابن رشد الحفيد فذكر عند حديثه عن مسألة فسخ الإجارة بالأعذار أن عمدة الجمهور هو أن الإجارة عقد على معاوضة فلم ينفسخ أصله كالبيع[٤].

---

(١) المهذب ٤٠٥/١، ومغني المحتاج ٣٥٥/٢، وحاشية القليوبي ٨٣/٣.

(٢) روضة الطالبين ٣٠٩/٤ .

(٣) المغني ٢٦٠/٥، وفي الكافي لابن قدامة ٣١٥/٢، وهي - أي الإجارة - عقد لازم ليس لواحد منهما فسخها، لأنها بيع فأشبهت بيوع الأعيان، إلا أن يجد العين معيبة فيملك الفسخ بما يحدث من العيب، لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا بالاستيفاء، فهي كالمكيل يتعيب قبل قبضه. وانظر المبدع ١٠٥/٥، وكشاف القناع ٢٩/٤، وشرح منتهى الإرادات ٣٥٣/٢.

(٤) بداية المجتهد ٢٧٥/٢ وذكر هذا الدليل ابن مفلح في المبدع ٩٩/٥، والبهوتي في شرح منتهى الإرادات ٣٧١/٢، وكشاف القناع ٢٣/٤.

٢ – أنه لو جاز فسخ عقد الإجارة بسبب العذر في جانب المستأجر، لجاز الفسخ بسبب العذر في جانب المؤجر، وذلك دفعاً للضرر عن كل واحد من المتعاقدين، وتسوية بينهما، فلما لم يجز الفسخ لعذر المؤجر، لم يجز لعذر المستأجر.

وهذا ما قرره بعض الحنابلة، أنه «لو جاز فسخ عقد الإجارة لعذر المكتري لجاز لعذر المكري، تسوية بين المتعاقدين، ودفعاً للضرر عن كل واحد من المتعاقدين، ولم يجز ثمّ فلا يجوز ههنا»[١].

ويستدل بعض الفقهاء للجمهور بعموم قوله تعالى: **«يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود»**[٢].

فالله تعالى أمر بالإيفاء بالعقود، والإجارة تعتبر عقداً على منافع مثل النكاح، فلا يفسخ بالعذر[٣].

هذه هي جملة الأدلة التي استدل بها جمهور الفقهاء على عدم فسخ الإجارة بالأعذار، إلا أنه عند التأمل والنظر في كلام الجمهور نجد أن هناك أمثلة لفسخ الإجارة بالأعذار ذكرها كثير منهم، وبيان ذلك ما يلي :

أولاً : مذهب المالكية :

عند التأمل في المذهب المالكي فإننا نجد أن المالكية يذكرون أعذاراً تنفسخ بها الإجارة، ومن أمثلة ذلك :

١ – ما جاء في المدونة عند سؤال ابن القاسم عن انقطاع الماء عن الزرع، أيكون ذلك عذراً تنفسخ به الإجارة، فقال: (لم أسمع من مالك في انقطاع الماء

---

(١) المغني ٥/٢٦٠.

(٢) سورة المائدة/ آية ١.

(٣) بداية المجتهد ٢/٢٧٥.

شيئاً وأراه عذراً)[١].

فهذا نص من ابن القاسم في اعتبار انقطاع الماء عذراً تنفسخ به الإجارة.

٢ – ما جاء في المدونة أيضا من سؤال سحنون لابن القاسم حيث قال: (أرأيت إن استأجرت عبداً فأبق، أتنفسخ الإجارة في قول مالك؟ قال: نعم)[٢].

فهذا أيضا نص في اعتبار إباق العبد عذراً تنفسخ به الإجارة.

٣ – يقول التسولي: (... كمن اكترى فندقاً أو حماماً، فانجلى أهل البلد عنه، أو قل وارده، ولم يجد من يسكنه فلا كراء عليه)[٣].

وهذا فيه إشارة إلى أن انجلاء أهل البلد يعتبر عذراً لفسخ الإجارة.

ثانياً : مذهب الشافعية :

يمثل الشافعية بأمثلة كثيرة لفسخ الإجارة ببعض الأعذار، والتي يسببها خلل في المعقود عليه، ومنها:

١ – يذكر النووي أن الفسخ والانفساخ إنما يثبت بسبب خلل يعرض في المعقود عليه، وقسمه إلى ثلاثة أقسام:

أحدها : ما ينقص المنفعة، ومتى ظهر بالمستأجر نقص تتفاوت به الأجرة فهو عيب مثبت للفسخ، وذلك كمرض في العبد والدابة، وانقطاع ماء البحر... ثم ذكر باقي الأقسام الثلاثة، والشاهد من قوله أنه عدّ مرض العبد والدابة، وانقطاع الماء

---

(١) المدونة ٣/٣٩٣ .

(٢) المدونة ٣/٤٠٦ – ٤٠٧ .

(٣) روضة الطالبين ٤/٣٠٩ .

عذراً تنفسخ به الإجارة[١].

٢ – وقال الشيرازي[٢]: (وإن اكترى داراً فانهدمت، فقد قال في الإجارة: ينفسخ العقد، وقال في المزارعة: إذا اكترى أرضاً للزراعة فانقطع ماؤها، أن المكتري بالخيار بين أن يفسخ أو لا يفسخ)[٣] ثم ذكر خلافاً في المذهب.

ثالثاً : مذهب الحنابلة :

ذكر بعض فقهاء الحنابلة أن هناك بعض الأعذار تفسخ بسببها الإجارة إذا كانت متصلة بالمعقود عليه، ومن أمثلة ذلك:

١ – ذكر ابن مفلح أن من أسباب فسخ الإجارة موت العبد والصبي المرتضع، وموت المرضعة، وموت الراكب إذا لم يكن هناك من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة، وانقلاع الضرس الذي اكترى لقلعه، أو برئه، ونحو هذا كاستئجار طبيب ليداويه فبرأ[٤].

٢ – وذكر ابن تيمية أن مما يعتبر عذراً يحط به عن المستأجر بعض الأجرة: نقص منفعة الحمام والفندق ونحوهما، مثل أن ينتقل جيران المكان، ويقل الزبون لخوف أو خراب، أو تحويل ذي سلطان لهم[٥].

---

(١) نهاية المحتاج ٣٢١/٥ .

(٢) هو إبراهيم بن علي بن يوسف أبو اسحاق الشيرازي الفيروزآبادي. فقيه شافعي تفقه بشيراز وقدم بغداد واستوطنها. انتهت إليه رئاسة المذهب، بنيت له النظامية ودرس بها حتى مات سنة ٤٧٦هـ. من مؤلفاته: «المهذب»، و«التبصرة في أصول الفقه».

[شذرات الذهب ٣٤٩/٣، ومعجم المؤلفين ٦٨/١].

(٣) المهذب ٤٠٥/١، وانظر مغني المحتاج ٣٥٥/٢، والحاوي ٤٣٩/٧ – ٤٤٠، والإقناع ٧٣/٢ .

(٤) المبدع ١٠٢/٥ – ١٠٣.

(٥) مجموع الفتاوى ٣١١/٣٠.

٣ - ويذكر ابن قدامة من الأعذار: انهدام الدار، وغرق الأرض أو انقطاع مائها، أو حدوث خوف عام يمنع الناس من سكن ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو أن تحصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع، ونحو ذلك[١].

رابعاً: مذهب الإمامية:

ذكروا أمثلة لبعض الأعذار الشرعية والحسية، فالأعذار الشرعية مثل استئجار رجل جنب لخدمة مسجد، والحسية مثل انهدام الدار وموت الدابة المستأجرة.

كما ذكروا أمثلة أخرى مثل غرق الأرض المستأجرة للزراعة[٢].

خامساً: مذهب الإباضية:

يضرب بعض الإباضية[٣] أمثلة للأعذار كمن استأجر دابة لحمل طعام معين إلى بلد معين فتلف الطعام. وكمن استأجر راعياً للغنم فهلكت الغنم. ونحوها من الأمثلة[٤].

هذه هي بعض الأعذار التي ذكرها جمهور الفقهاء، والتي يتبين - عند النظر

---

(١) المغني ٥/٢٦٤ - ٢٦٥، وانظر كشاف القناع ٤/٢٧، والفروع ٤/٤٤٢، وشرح منتهى الإرادات ٢/٣٧٢.

(٢) مفتاح الكرامة (٣/١٥٨).

(٣) يرى بعض الإباضية رأياً آخر وهو جواز فسخ عقد الإجارة لأنه عقد جائز. كتاب النيل وشفاء العليل ١٠/١٧٦.

(٤) كتاب النيل وشفاء العليل ١٠/١٧٦ وما بعدها .

والتأمل – أنها ليست أعذاراً مطلقة كما أطلقها فقهاء الحنفية ومن وافقهم ، بل مقيدة، ولذلك نجد فقهاء المالكية يقيدون العذر بمنع استيفاء المنفعة شرعاً، ويمثلون له بسكون ألم السن المستأجر على خلعها، وانقطاع الماء عن الرحى المستأجرة، وحمل الظئر، ومرض الدابة المستأجرة ونحو ذلك.

أما فقهاء الشافعية فيقيدون العذر بوجود خلل في المعقود عليه، أو وجود عيب تنقص به المنفعة، أو بتعذر استيفاء المنفعة على الوجه الشرعي، ويمثلون له بانهدام الدار بعد العقد، ومرض الدابة المستأجرة، وعدم صلاحية الدار المستأجرة، ونحو ذلك.

وفقهاء الحنابلة يقيدون العذر أيضا بوجود عيب أو خلل في المعقود عليه، تنقص به المنفعة، أو يتعذر معه استيفاؤها شرعاً أو حساً.

المناقشة والترجيح :

بعد عرض مذاهب الفقهاء في اعتبار الأعذار سبباً لفسخ الإجارة، يظهر لي رجحان القول الثاني القائل بعدم اعتبار الأعذار سبباً لفسخ الإجارة إلا فيما قيده جمهور الفقهاء بالعذر الذي يمنع استيفاء المنفعة شرعاً، والذي يكون فيه خلل في المعقود عليه تنقص به المنفعة، وذلك لما يلي :

١ – أنه لا خلاف بين الجميع بأنه إذا وجد خلل أو عيب في المعقود عليه، تنقص به المنفعة أو يتعذر معه استيفاؤها شرعاً أو حساً[(١)]، أن هذا يعتبر عذراً تفسخ به الإجارة، كسكون ألم الضرس، وانقطاع الماء عن الرحى، وحمل الظئر، ومرض الدابة، وانهدام الدار، أو عدم صلاحيتها، ونحو ذلك.

٢ – أننا لو أطلقنا العذر بدون تقييد – كما أطلقه الأحناف – لحصل ضرر

(١) المختارات الجلية للسعدي ١٢١.

كبير على المتعاقدين أو أحدهما، فمثلا ما ذكره الأحناف أنه لو استأجر رجلاً ليقصر له ثياباً أو ليقطعها أو يخيطها، ثم بدا له أن لا يفعل، فله أن يفسخ الإجارة، ولا يجبر على شيء(١).

وهذا فيه ضرر على الخياط، إذ أنه تكلف باحضار عدة الخياطة، وتفرغ لها، وقد يكون ذلك على حساب بعض أعماله وأشغاله، فكيف يحق لصاحب الثياب الفسخ بمجرد أنه بدا له عذر لا يمنع من استيفاء المنفعة، ولا يوجب خللاً أو عيبا في المعقود عليه.

وذكروا أيضا أنه إذا استأجر بناء للبناء، أو حراثا للزراعة ثم ندم على ذلك فله فسخ الإجارة(٢)، وهذا أيضا فيه ضرر على البناء والحرّاث، اللذين تفرغا لهذا العمل، وقد يكونا تكبدا المشاق في سبيل الحصول على هذه الأجرة، فكيف يسوغ للمؤجر فسخ هذه الإجارة بمجرد أنه ندم على ذلك، دون النظر في حق الطرف الآخر، وهو البنّاء والحراث.

وذكروا أيضا من الأعذار الموجبة لفسخ الإجارة ما إذا استأجر دابة للسفر فمرض، أو حانوتاً لحرفة فندم، أو هلكت آلات تلك الحرفة، أو مرض المؤجر وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره وأهله مسافرون، فعادوا واحتاج إلى الدار، أو تأهل(٣).

وهذه كلها أعذار لا توجب خللاً في المعقود عليه، بل توجب ضرراً بيناً للطرف الآخر، الذي دفع للمستأجر الدابة، وبرئت ذمته بذلك، والذي سلمه الحانوت كاملا حسب ما اتفق عليه، والذي استلم الدار المؤجرة بحسب ما اتفق

---

(١) انظر الأمثلة ص ١٢٥ .

(٢) درر الحكام ١/٤٨٧.

(٣) درر الحكام ١/٤٨٨ - ٤٨٩، وانظر روضة الطالبين ٤/٣٠٩.

عليه، فلو أجزنا الفسخ بهذه الأعذار لتضرر هؤلاء، وضاعت أموالهم وحقوقهم، دون مسوغ شرعي.

٣ - ويجاب عن قول الأحناف ومن وافقهم أن (الأصل أنه متى تحقق عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر يلحقه، وهو لم يرض به يكون عذراً تفسخ به الإجارة دفعاً للضرر) بأن هذا ليس على إطلاقه، لإننا وإن راعينا حق العاقد المتضرر بندمه على حرفة ما، فإننا يجب أن نراعي أيضا حق العاقد الآخر الذي تضرر ضرراً أبلغ من العاقد الأول، إذ أنه استوفى شروط العقد، ولم يخل بشيء منها، فكيف نضيع عليه حقه الكامل بضرر لا يتحمله هو، وليس له شأن فيه؟!

٤ - أما بقية ما استدل به الأحناف فهو موافق لرأي الجمهور، حيث يرون اعتبار العذر الذي يوجب خللاً في المعقود عليه، أو يتعذر معه استيفاء المنفعة على الوجه الشرعي.

وبهذا يكون الراجح هو فسخ الإجارة بالأعذار التي تمنع استيفاء المنفعة شرعاً، أو توجب خللاً أو عيباً في المعقود عليه تنقص به المنفعة أو يتضرر معه استيفاؤها شرعاً وحساً.

وهذا هو معنى وضع الجائحة في الإجارة تشبيهاً بجائحة الثمار، حيث يبطل العقد، ويرجع المستأجر بما دفعه من الأجرة، كما يبطل عقد البيع في الثمار التي أصابتها جائحة - عند من يقول به - ويرجع المشتري بما دفعه من ثمن.. والله أعلم.

المطلب الخامس : مسألة تقلب قيمة النقود

مسألة تقلب قيمة النقود من المسائل التي عالجها الفقهاء وخصوصاً فقهاء الحنفية حيث فصلوا فيها ما لم يفصل فيها غيرهم(١)، واعتبروا تقلب قيمة النقود زيادة أو انخفاضاً من الأسباب الطارئة التي تثقل كاهل المدين، وبهذا تصبح جائحة من الجوائح التي تؤثر في العقد(٢).

وسأذكر في هذا المطلب آراء الفقهاء باختصار ومأخذ كل قول دون توسع في الأدلة والتعليلات والمناقشة إذ الغرض من هذا المطلب بيان أن تقلب القيمة حادث طارئ يؤثر في العقد فيكون جائحة من الجوائح.

الأصل أن الثمن لا يهلك ، فالنقد من الذهب والفضة يمتاز بالاستقرار النسبي لقيمته بخلاف الأوراق النقدية، وذلك لأن قيمتها ترجع إلى ذات معدنها النفيس، فالثمن في الجملة لا يهلك لأنه لا يتعين في المعاوضات إلا بالقبض، فقبل

---

(١) أشهر رسالتين للأحناف – بحسب اطلاعي – في الموضوع « رسالة في تراجع سعر النقود بالأمر السلطاني » للشيخ عبدالقادر الحسيني ألفها في القرن الثالث عشر الهجري وقد حققها د. نزيه حماد في مجلة الاقتصاد الإسلامي العدد الثاني ، المجلد الثاني . ورسالة «تنبيه الرقود على مسائل النقود » لابن عابدين مطبوعة ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين ، ألفها في القرن نفسه . وقبلهما ألف أحمد بن محمد بن الهائم الشافعي رسالة «نزهة النفوس في بيان حكم التعامل بالفلوس» حققها د. عبد الله الطريقي ألفت في القرن الثامن الهجري.

أما الكتب المعاصرة فهناك بحوث كثيرة عرضت في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس، الجزء الثالث، الدورة الخامسة ١٤٠٩هـ – ١٩٨٨م.

(٢) ظهرت مشكلة تغير العملة في فترات عديدة من التاريخ الإسلامي في القرن الخامس والسابع والثامن والتاسع الهجري وفي أواخر عهد الدولة العثمانية، ولذلك كثر كلام الحنفية في هذه المسألة باعتبار مذهب دولة الخلافة فألف الخطيب التمرتاشي رسالة «بذل المجهود في مسألة تغير النقود» وهي التي لخصها ابن عابدين في رسالته تنبيه الرقود. انظر بحث د. عجيل النشمي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس ٣/١٦٢٠ – ١٦٢٣.

القبض هو ثابت الذمة ، وما يثبت في الذمة لا يهلك ، إذ غير المعين لا يهلك، ولكن قد يطرأ على الثمن كالدنانير أو الدراهم أو العملات شيء من التغير، فقد يصيبه الكساد، وهو كما يقول ابن عابدين أن تترك المعاملة به في جميع البلاد[١]، وقد يصيبه التعيب، وقد يصيبه الرخص والغلاء، وقد يصيبه الانقطاع وهو كما يقول ابن عابدين أن لا يوجد في السوق وإن كان يوجد في يد الصيارفة والبيوت[٢].

كذلك قد يكون الثمن دراهم خالصة ، أو مغلوبة الغش وهي التي يكون مقدار المعدن الرخيص فيها قليلاً ، كما قد تكون غالبة الغش وهي التي يكون المعدن الرخيص فيها كثيراً ، وقد تكون نقود مغشوشة كالفلوس وهي نقود نحاسية، وهذه الفلوس كثيراً ما تغلو أو ترخص، أو تفقد من الأسواق أو تكسد لتوقف الناس عن التعامل بها، فكان بسبب ذلك يطرأ على العقود المعقودة بهذه النقود طارئ لم يكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد. فما حكم هذه المسألة؟ إليك آراء فقهاء المذاهب :

أولا : مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن الثمن إن كان دراهم خالصة أو مغلوبة الغش فإنه لا يبطل البيع بكسادها ويجب على المشتري مثلها ، والحكم نفسه في الانقطاع والرخص والغلاء .

وعللوا عدم بطلان البيع بأنها أثمان بأصل خلقتها ، فترك المعاملة بها لا يبطل ثمنيتها فلا يتأتى بقاء البيع بلا ثمن ، وأما وجوب رد مثلها فلبقاء ثمنيتها وعدم بطلان نفوقها[٣].

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤/٢٤ وتنبيه الرقود على مسائل النقود (٥٨).

(٢) المصدر نفسه .

(٣) حاشية ابن عابدين ٤/٢٥ ، وتنبيه الرقود (٦١ – ٦٢).

أما إذا كانت النقود دراهم غالبة الغش أو فلوساً ففيه خلاف ، حيث ينفسخ البيع عند أبي حنيفة ، وعلى المشتري أن يرد المبيع إن كان قائماً ، ويرد قيمته أو مثله إن كان هالكاً ، وإن لم يكن مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع أصلاً .

ويرى أبو يوسف[1] ومحمد[2] عدم بطلان البيع ، والبائع بالخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ قيمة الفلوس.

استدل أبو حنيفة لقوله بأن الفلوس خرجت بالكساد عن كونها ثمناً ، لأن ثمنيتها ثبتت باصطلاح الناس ، فإذا ترك الناس التعامل بها عدداً فقد زال عنها صفة الثمنية ، ولا بيع بلا ثمن فينفسخ ضرورة.

واستدل أبو يوسف ومحمد لقولهما بأن الفلوس في الذمة ، وما في الذمة لا يحتمل الهلاك، فلا يكون الكساد هلاكاً بل يكون عيباً فيها، فيوجب الخيار: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ قيمة الفلوس، كما إذا كان الثمن رطباً فانقطع قبل القبض[3].

ثم اختلف بعد ذلك أبو يوسف ومحمد فيما بينهما في وقت اعتبار القيمة ، فاعتبر أبو يوسف وقت التعاقد ، وعلل ذلك بأنه وقت وجوب الثمن ، أما محمد فاعتبر وقت الكساد وهو آخر يوم ترك الناس التعامل بهذه الفلوس ، وعلل لذلك

---

(١) هو يعقوب بن ابراهيم بن حبيب . كان صاحب حديث حافظاً ولزم أبا حنيفة وغلب عليه الرأي وولي قضاء بغداد، وكان هو المقدم من أصحاب أبي حنيفة وأول من وضع الكتب على مذهب أبي حنيفة وأملى المسائل ونشرها. توفي ببغداد سنة ١٨١هـ. من مؤلفاته «الخراج»، و«أدب القاضي».
[الفوائد البهية (٢٢٥) – الجواهر المضية (٢٢٠)] .

(٢) هو محمد بن الحسن بن فرقد. ثاني أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف. صحب أبا حنيفة وأخذ الفقه عنه، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة بتصانيفه. من مؤلفاته: «كتاب الأصل»، و«الجامع الكبير والصغير». توفي سنة ١٨٩هـ.
[الفوائد البهية (١٦٣) – شذرات الذهب (٣٢١/١ – ٣٢٤)] .

(٣) بدائع الصنائع ٢٤٢/٥ ، وفتح القدير ١٥٤/٧ .

بأنه وقت العجز عن التسليم(١).

هذا كله في الكساد إذا كان عاماً في جميع البلاد، أما إذا كسدت في بعض البلاد دون بعض بأن تعيبت ولم ترج في بلدهم، فحينئذ يتخير البائع في أخذها أو أخذ قيمتها(٢).

أما في حالة الانقطاع فذكر ابن عابدين الخلاف ، وأن الفلوس إذا انقطعت بأن لا توجد في السوق ولو وجدت في يد الصيارفة أو في البيوت، ففيه خلاف، فقيل بفساد البيع، وقيل: تجب في آخر يوم الانقطاع ، وذكر أن هذا هو المختار(٣).

وأما إذا لم تكسد ولكنها رخصت قيمتها أو غلت ، فلا ينفسخ البيع باتفاق، والبيع على حاله ، ولا يتخير المشتري ، بل على المشتري أن ينقد مثلها عدداً ، ولا يلتفت إلى القيمة هنا، لأن الرخص أو الغلاء لا يوجب بطلان الثمنية، فالدراهم قد ترخص وقد تغلو وهي على حالها أثمان(٤).

هذا هو حاصل مذهب الحنفية في هذه المسألة ، ويجدر بنا هنا أن نشير إلى أن ما سبق من الأحكام ينطبق فقط على العملات المسكوكة من معادن غير الذهب والفضة والتي يطلق عليها الفلوس والدراهم ونحوهما، أما العملات التي كانت تسك من الذهب والفضة والتي كان يطلق عليها النقود فهي غير داخلة في أحكام الظروف الطارئة والتي تتغير معها قيمة النقود، والسبب في ذلك أن هذه النقود تحتوي على قيمة ذاتية ثابتة واستقرار نسبي لقيمتها دون تغير ، إذ أن قيمتها راجعة إلى ذات معدنها النفيس، بخلاف ما سبق الحديث عنه من الفلوس

---

(١) بدائع الصنائع ٢٤٢/٥ ، وتبيين الحقائق ١٤٢/٤ .

(٢) تنبيه الرقود (٥٨) وحاشية ابن عابدين ٢٤/٤ .

(٣) المصدر نفسه .

(٤) بدائع الصنائع ٢٤٢/٤ ، وفتح القدير ١٥٥/٧ – ١٥٦ .

والدراهم التي ليس فيها ثبات بل هي خاضعة لكثير من المتغيرات كالرخص والغلاء والكساد.

كذلك من المهم أن نشير إلى مسألة مهمة ذكرها ابن عابدين وهي ما لو أصدر السلطان أمره بتخفيض سعر بعض العملات التي تدخل في المبادلات، واختلف المتعاقدان في تحديد نوع العملة التي يقبلان التسوية على أساسها، فإنه لابد من حل وسط يمنع وقوع الضرر على أحد المتعاقدين، فلذلك ذكر ابن عابدين أنه يلزم التصالح على أوسط هذه العملات من حيث تأثرها بهذا التخفيض، لتوزيع الضرر بين المتعاقدين، وذكر أنه ينبغي الصلح على الأوسط، استدلالاً بحديث «لا ضرر ولا ضرار»[١] الذي يفيد نفي وقوع الضرر عن المتعاقدين[٢].

ثانياً: مذهب المالكية:

يرى المالكية أن الفلوس إذا قطع التعامل بها أو تغيرت نقصاً أو زيادة وكانت ثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع فإن للدائن المثل، وأما إذا عدمت فإن الواجب قيمتها يوم الحكم.

ويذكر القاضي عبد الوهاب إنه إذا اقترض دراهم أو دنانير أو فلوساً أو باع بها بيعاً ثم غيرت سكتها وصار النقد غيرها فله مثل ما اقترض أو باع، وليس له النقد الجديد، ويعلل ذلك بتعليلين، أولهما أن النقد إذا تقرر وانبرم لم يبطل بالتعامل بغيره، وثانيهما أن أكثر ما في ذلك أن يرخص ذلك النقد أو يغلى، وذلك غير مؤثر كما لو رخص أو غلا والنقد باق في التعامل به[٣].

وفي المدونة ما يبين المذهب حيث جاء فيها: (أرأيت إن استقرضت فلوساً ففسدت الفلوس فما الذي أرد على صاحبي (قال): قال مالك: رد عليه مثل تلك الفلوس مثل التي استقرضت منه وإن كانت قد فسدت. (قلت): فإن بعته سلعة

---

(١) تقدم تخريجه ص ٤٤

(٢) تنبيه الرقود (٦٤ – ٦٥).

(٣) المعونة ١٠٢٤/٢ .

بفلوس ففسدت الفلوس قبل أن أقبضها منه (قال): قال مالك: لك مثل فلوسك التي بعت السلعة بها الجائزة بين الناس يومئذ، وإن كانت الفلوس قد فسدت فليس له إلا ذلك (قال) : وقال مالك في القرض والبيع في الفلوس إذا فسدت فليس له إلا الفلوس التي كانت تجوز ذلك اليوم وإن كانت فاسدة)[١].

هذا هو مذهب المالكية في الجملة ، وهناك تفصيل عندهم في بعض المسائل مثل وجوب قيمة الفلوس إن عدمت يوم الحكم حيث لم يفرق بعضهم بين المدين المماطل وغيره، وقيد بعضهم وجوب القيمة بما إذا لم يكن المدين مماطلاً، كذلك هناك قول شاذ في المذهب وهو وجوب القيمة إذا بطلت الفلوس، لأن البائع دفع شيئا منتفعاً به لأخذ شيء منتفع به فلا يظلم باعطاء ما لا ينتفع به[٢].

ثالثاً : مذهب الشافعية :

يرى الشافعية في قول جمهورهم أن الفلوس الثابتة في الذمة من سلف أو بيع أو غيره إذا أبطلها السلطان أو رخصت أو غلت فليس للدائن إلا مثل فلوسه التي سلف أوباع بها حين العقد، قال الشافعي: (ومن سلف فلوساً أو دراهم، أو باع بها ثم أبطلها السلطان فليس له إلا مثل فلوسه أو دراهمه التي أسلف أو باع بها)[٣].

ويذكر النووي قول جمهور فقهاء الشافعية في إنه إذا باع بنقد معين أو بنقد مطلق وحملناه على نقد الملك، فأبطل السلطان المعاملة به قبل القبض، لا ينفسخ العقد، ولا خيار للبائع، وليس له إلا ذلك النقد المعقود عليه، كما لو اشترى حنطة فرخصت قبل القبض، أو أسلم فيها فرخصت قبل المحل، فليس له غيرها.

---

(١) المدونة ٣/١١٦ .

(٢) انظر شرح الخرشي ٥/٥٥ ، وشرح الزرقاني علي خليل ٥/٦٠ .

(٣) الأم ٣/٣٣ .

ثم حكى وجهاً عن البغوي[1] والرافعي[2] وهو أن البائع مخير : إن شاء أجاز البيع بذلك النقد، وإن شاء فسخه كما لو تعيب قبل القبض[3].

مذهب الحنابلة :

يرى الحنابلة أن المستقرض يرد المثل في المثليات سواء رخص سعره أو غلا، أو كان بحاله ، فإن كان القرض فلوساً فأبطلها السلطان وتركت المعاملة بها كان للمقرض قيمتها، ولم يلزمه قبولها، سواء كانت قائمة في يده أو استهلكها، لأنها تعيبت في ملكه، ويقومها كم تساوي يوم أخذها ثم يعطيه، وسواء نقصت قيمتها قليلاً أو كثيراً .

هذا إذا اتفق الناس على تركها ، فإن تعاملوا بها مع إبطال السلطان لها لزمه أخذها ووجب رد المثل سواء رخصت أو غلت أو كسدت ، وسواء كان الغلو والرخص كثيراً أو قليلاً.

هذا هو حاصل ما ذهب إليه الفقهاء في مسألة تقلب النقود .

ويلاحظ توسع الأحناف في هذه المسألة وخصوصاً ابن عابدين الذي ألف رسالة خاصة في الموضوع، ووضع حلاً لجائحة تقلب قيمة النقود، تدفع الضرر عن المتعاقدين، وذلك بالصلح على الأوسط كما سماه، بحيث يتوزع الضرر على كل من المتعاقدين جراء رخص قيمة النقود، فيتقاسم كل من البائع والمشتري والمقرض والمقترض الضرر الناشئ من هذا الرخص .

---

(١) هو الحسين بن مسعود بن محمد المعروف بابن الفراء البغوي الشافعي. فقيه محدث مفسر. صاحب التصانيف. يلقب بمحيي السنة وبركن الدين. توفي سنة ٥١٩هـ. من مؤلفاته: «معالم التنزيل في التفسير»، و«شرح السنة».
[سير أعلام البلاء (١٩/٤٣٩) – تذكرة الحفاظ (٤/١٢٥٧)] .

(٢) هو عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي أبو القاسم. من كبار فقهاء الشافعية . ترجع نسبته إلى رافع بن خديج الصحابي. توفي سنة ٦٢٣هـ. من مؤلفاته: «فتح العزيز في شرح الوجيز»، و«شرح مسند الشافعي».
[طبقات الشافعية (٥/١١٩) – فوات الوفيات (٢/٣)] .

(٣) المجموع ٩/٢٨٢ ، وانظر نزهة النفوس في بيان حكم التعامل بالفلوس لابن الهائم الشافعي (٦٩ – ٦٤) .

ومما ينبغي التعرض إليه مسألة معاصرة مهمة وهي مسألة تغير قيمة النقود الورقية، وأثر هذا التغير على القيمة الشرائية، وسأذكر هذه المسألة على وجه الاختصار مبينا آراء الفقهاء المعاصرين وأهم ما استدلوا به ثم ترجيح ما يظهر ترجيحه.

فأقول : إن من أبرز المشكلات الاقتصادية المعاصرة مشكلة التضخم(١) وما يرافقه من تأثير كبير وخطر على القوة الشرائية للنقد، حيث تضعف هذه القوة وتقل، مما يؤدي إلى رخص النقود تجاه السلع والمنافع والخدمات التي تبذل عوضاً عنها(٢).

إن مسألة تغير العملة وربطها بقائمة الأسعار إنما نشأت للنظام النقدي المعاصر، وقد كانت العملة فيما سبق مرتبطة بعيار مخصوص من الأثمان كالنقود الذهبية أو الفضية، ترتفع قيمتها وتنخفض بالنسبة إلى ذلك العيار المخصوص.

ولكن النقود الورقية اليوم ليست مرتبطة بثمن خلقي، وإنما هي تمثل قوة شراء مخصوصة باصطلاح من جهتها المصدرة ، فلا تتفاوت قيمتها بالنسبة إلى عيار مخصوص من الأثمان، وإنما تتفاوت بغلاء الأشياء ورخصها ، فكلما غلت البضائع في السوق انتقصت قوة شرائها ، فكأنما انتقصت قيمتها، وكلما رخصت البضائع زادت قوة شرائها، فكأنما ارتفعت قيمتها.

وبعبارة علم الاقتصاد المعاصر : إن قيمة النقود إنما تنبني اليوم على مقدار التضخم أو الانكماش الموجودين في البلاد، فكلما ازداد التضخم انتقصت قيمة النقود، وكلما ازداد الانكماش ارتفعت قيمتها، ونتيجة هذه الحالة، أن ينخفض

---

(١) التضخم في لغة الاقتصاد عبارة عن حالة اقتصادية تتميز بازدياد كمية الطلب على كمية العرض فتؤدي بالتالي إلى اختلال التوازن بين السيولة النقدية وكميات السلع أو البضائع المعروضة في الأسواق مع ما يرافق ذلك من ارتفاع حاد في الأسعار الرائجة. معجم المصطلحات الفقهية والقانونية إعداد : جرجس جرجس (١٠٩).

(٢) دراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي د. نزيه حماد (٢٠٥).

مستوى أسعار البضائع والخدمات فيحدث رخص عام في حالة الانكماش، لأن العرض قد ازداد على الطلب فانخفضت الأسعار، وإن النقود في حالة الانكماش تستطيع أن تشتري كمية كبيرة من البضائع، ولكن لا تستطيع هذه النقود في حالة التضخم أن تشتري إلا كمية أقل مما كانت تشتري في حالة الانكماش(١).

وفي واقعنا المعاصر دعت السياسة الاقتصادية لكثير من الدول إلى تخفيض قيمة عملتها بالنسبة إلى بعض العملات الأخرى أو بالنسبة إلى الذهب فتخفضها بالقدر المناسب، وقد تدعوها على عكس ذلك إلى رفع قيمة عملتها، فترفعها بالنسبة الملائمة.

وهناك العديد من الدول تحظر التعامل بنقدها خارج حدود أراضيها وفق سياسة اقتصادية معينة، وبالتالي فإنها تمنع إخراجه منها إلى أية دولة أخرى، ولو حدث أن أخرج منها بصورة ما فإنها تمنع إدخاله إليها ثانية .

وبعض الدول قد تمنع التعامل بالذهب أو بأية عملة غير عملتها في داخل أراضيها، وتعتبر ذلك من قبل النظام الذي لا تجوز مخالفته، وتجعل كل اتفاق على خلافه باطلاً، وقد تلغي بعض الدول شيئاً من عملاتها الرائجة وتستبدلها بنقد آخر تصطلح على التعامل به .

هذا كله في نطاق السياسة الاقتصادية للدول، ، وفي مجال المعاملات الفردية كثيراً ما يقرض شخص لغيره مبلغاً معيناً من المال مؤجلاً رفقاً به ودفعاً لحاجته، فإذا ما حل الأجل أصبح المبلغ الذي عاد إلى المقرض أقل أو أكثر من المبلغ الذي دفعه من حيث قوته الشرائية، أو من حيث قيمته بالنسبة إلى الذهب أو بالنسبة إلى العملات الأخرى يوم أقرضه، وإن كان مماثلاً له كماً وعدداً.

وكذلك قد يشتري التاجر بضاعة بعملة ما مؤجلاً وعندما يحل الأجل ويحين وقت الأداء يجد كل واحد من المتبايعين أن المبلغ المتفق عليه قد اختلف حاله من

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس (٣/٢٢١١ - ٢٢١٢) .

حيث قوته الشرائية أو من حيث القيمة بالنسبة إلى الذهب أو بالنسبة إلى العملات الأخرى عن الوضع الذي كان عليه وقت وجوبه في الذمة بالعقد(١).

هذه بعض الصور التي تبين أثر تغير قيمة النقود الورقية في تعامل الفرد والمجتمع والدولة وغيرها كثير، غير أن من أهم المسائل التي تتعلق بهذا الموضوع أثر تغير قيمة العملات الورقية على الديون في الذمم، وهو ما سأتطرق إليه من خلال كلام الفقهاء المعاصرين(٢).

اختلف الفقهاء المعاصرون في مسألة تغير قيمة النقود الورقية، ما الذي يجب على من ترتب في ذمته شيء منها؟ هل يجب عليه المثل أو القيمة أو ماذا؟

اختلفوا على أقوال ستة:

---

(١) دراسات في أصول المداينات د. نزيه حماد (٢٠٥ – ٢٠٦).

(٢) تشتمل أحكام تغير النقود الورقية على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : كساد النقود الورقية : ويقصد بكسادها إلغاء صفة النقدية واستبدال نوع آخر بها من النقود، فلا يصبح للنقود الكاسدة أية قيمة نقدية، فما حكم من تعامل بها قبل الكساد؟ من المعاصرين من ذهب إلى أن هذا الكساد يوجب بطلان العقد حيث أصبح المبيع بلا ثمن، وهذا يعني أن البائع قد أعطى شيئا ذا قيمة وسيسترد شيئاً لا قيمة له، فلابد من إبطال البيع، فيرد المبيع إن كان قائما وترد قيمته إن كان هالكاً.

وذهب آخرون إلى أن الواجب هو رد القيمة دون تفصيل في وقت القيمة ولا كيفية تقديرها.

وذهب فريق ثالث إلى أن الواجب دفع مثل ما ثبت في ذمته وقت التعاقد من العملة الجديدة بالسعر الذي تصل إليه العملة وقت الأداء.

المبحث الثاني : انقطاع النقود الورقية : ويقصد بانقطاعها انقطاعها من السوق لأي سبب كان، أو منع حرية تداولها فما حكم من تعامل بها قبل الانقطاع؟ ذهب بعض المعاصرين إلى وجوب القيمة، وذهب بعضهم إلى بطلان البيع تطبيقاً لمبدأ العدالة ومراعاة لما يجب من توافر التعادل والتوازن في الالتزامات وتنفيذها.

انظر للتفصيل في هذين المبحثين : تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية – هايل عبد الحفيظ يوسف (٢٧٤ – ٢٧٩) – موقف الشريعة من ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار – الدكتور عبدالله بن منيع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد (٥) (٣/١٨٢٥).

القـول الأول : أنه لا يجب على من ترتب في ذمته شيء من هذه النقود إلا مثلها عدداً من غير نقصان أو زيادة. ذهب إلى هذا القول مفتي الديار المصرية السابق جاد الحق[١]، والدكتور محمد تقي العثماني[٢]، والدكتور علي السالوس[٣]، والدكتور عبد الله بن منيع[٤]، والشيخ محمد علي التسخيري[٥]، كما اعتمد هذا القول مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة حيث قرر أن (العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة ما هي بالمثل وليس بالقيمة، لأن الديون تقضى بأمثالها فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة أيا كان مصدرها بمستوى الأسعار)[٦].

استدل أصحاب هذا القول بأدلة كثيرة نقتصر على بعضها :

١ - الآيات التي تأمر بالوفاء بالعقود[٧] وبإيفاء الكيل والميزان بالقسط[٨]، وبتأدية الأمانات إلى أهلها[٩] ، وبتحريم أكل أموال الناس بالباطل[١٠].

وعموم هذه الآيات يدل على أن المثل هو المتحقق وهو الأقرب لتحقيق ما

---

(١) الفتاوى الإسلامية ٩/٥٣٧ .

(٢) مسألة تغير العملة وربطها بقائمة الأسعار ، د. محمد تقي العثماني - مجلة مجمه الفقه الإسلامي عدد (٥) ٣/١٨٤٩.

(٣) الاقتصاد الإسلامي - د. علي السالوس ١/٥٣٧.

(٤) موقف الشريعة من ربط الحقوق - د. عبد الله بن منيع - مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد (٥) ٣/١٨٢٥.

(٥) تغيير قيمة العملة - الشيخ محمد علي التسخيري - مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد (٥) ٣/١٨٠٧.

(٦) مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد (٥) ٣/٢٢٦١ .

(٧) كقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» سورة المائدة آية/١.

(٨) كقوله تعالى: «وأوفوا الكيل والميزان بالقسط» سورة الأنعام: اية ١٥٢.

(٩) كقوله تعالى : «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل» سورة النساء: آية٥٨.

(١٠) كقوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالم بينكم بالباطل» سورة البقرة: آية ١٨٨.

تهدف إليه هذه الآيات من تحقيق العدل وتأدية الأمانة وعدم ظلم الناس[١].

٢ – الأحاديث التي تدل على المثلية عند مبادلة الأثمان، ومنها حديث «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد ...»[٢] وحديث: « لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الورق بالورق، إلا وزنا بوزن مثلاً بمثل سواء بسواء»[٣].

٣ – أن الذي عليه جمهور العلماء هو أن القروض إذا كانت مثلية فلا تقضى إلا بأمثالها سواء ارتفعت قيمتها أم انخفضت، والنقود من المثليات فلا تقضى إلا بمثلها[٤].

٤ – أن الأصل التزام المعيار الذي يتعامل به الناس وقت العقد والنقود هي معيار للقيم، فإن لم يُلتزم هذا اضطربت المعاملات بتغير قيمة النقود[٥].

القول الثاني: إذا تغيرت قيمة النقود الورقية فعلى من تعلق في ذمته شي منها أن يدفع القيمة لا المثل، وممن قال به د. محمد الأشقر[٦]، ود. عجيل النشمي[٧] ود. قرة داغي[٨]، ود. نزيه حماد[٩]، وغيرهم كثير[١٠].

---

(١) نوقشت هذه الأدلة بأنها أدلة عامة وأن الوفاء بالعهود والكيل والميزان والأمانة وعدم الظلم كل ذلك يكون بالقيمة لا المثل وهو الأقرب لحق الدائن الذي يتضرر بتغير العملة.

(٢) أخرجه مسلم ٣/١٢١١ كتاب المساقاة باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً . رقم الحديث (١٥٨٤).

(٣) أخرجه مسلم ٣/١٢٠٩ كتاب المساقاة باب الربا رقم الحديث (١٥٨٤).

(٤) نوقش هذا الدليل بأن هذه المسألة خلافية فمن الفقهاء من يرى أن المثلي إذا عز فغلا فلا يطالب بالمثل بل بالقيمة، ثم إن معنى المثلية لو قلنا به فإنه يعني المثلية الحقيقية لا المثلية الصورية.

(٥) نوقش هذا الدليل بأنه صحيح أن النقود معيار للقيم، لكن مفهوم المعيارية للنقود الورقية يختلف عن المعايير والأطوال التي هي معايير ثابتة، أما النقود الورقية المعاصرة فهي غير ثابتة خصوصا في ظل النظريات الاقتصادية الوضعية التي تأخذ بنظرية التضخم.

(٦) النقود وتقلب قيمة العملة د. محمد الأشقر . مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد (٥) ٣/١٦٧٣.

(٧) تغير قيمة العملة في الفقه الإسلامي د. عجيل النشمي . مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد (٥) ٣/١٦٠٩.

(٨) تذبذب قيمة النقود الورقية د. علي محيي الدين القرة داغي . مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد (٥) ٣/١٧٧٧.

(٩) تغيرات النقود. د. نزيه حماد . مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد (٣) ٣/١٦٧٧.

(١٠) انظر تغير القيمة الشرائية للنقود – هايل عبد الحفيظ (٢٨٨).

استدل أصحاب هذا القول بأدلة نقتصر على أهمها :

١ - الآيات التي تأمر بالإيفاء بالعقود والكيل والميزان، وأداء الأمانة وعدم أكل المال بالباطل، ووجه الدلالة منها هو أن العدل والقسط والإيفاء بالعقود لا يكون بأداء المثل في حال تغير قيمة النقود الورقية، بل بالقيمة، فالوفاء في الآيات إنما هو الوفاء الحقيقي لا الصوري الذي يكون بأداء المثل مع عدم تساوي العوضين عند بداية العقد وعند نهايته[١].

٢ - الأحاديث التي تدل على نفي الضرر ورفعه كحديث « لا ضرار ولا ضرار»[٢] والذي استنبط منه الفقهاء قاعدة « لا ضرر ولا ضرار» وقاعدة «الضرر يزال».

ووجه الدلالة منها أن ارتفاع قيمة النقود وانخفاضها عيبان يلحقان النقود، ويرتبان ضرراً يلحق أحد المتعاقدين، لذا وجب اللجوء إلى القيمة لجبر هذا الضرر[٣]،[٤].

٣ - حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال : كنت أبيع الإبل بالنقيع فأبيع بالدنانير وآخذ بالدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ بالدنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء» وفي رواية الترمذي: « لا بأس به

---

(١) نوقش هذا الدليل بما استدل به أصحاب القول الأول حيث قالوا إن الآيات نفسها تدل على أن العدل والقسط إنما يكون بأداء المثل لا القيمة.

(٢) تقدم تخريجه ص ٤٤ .

(٣) تغير قيمة العملة. د. عجيل النشمي . مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد (٥) ٣/١٦٦٣.

(٤) نوقش هذا الدليل بأن القول بالقيمة يعني معالجة الضرر الواقع على أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر مع أنه ليس له يد في التغير .

بالقيمة»[١] .

ووجه الدلالة هنا أنه لُجئ إلى القيمة لا المثل، فإن البيع قد يكون مؤجلاً، ووقع يوم أن كانت قيمة الدينار مثلا عشرة دراهم، وعند الوفاء كانت قيمته أحد عشر درهما، وبمنطوق الحديث سيوفيه أحد عشر درهما، وهذا لجوء إلى القيمة، مع أن هذا الجواز مع استخدام النقود الذهبية والفضية المستقرة نسبياً، فكيف مع النقود الورقية التي لا استقرار فيها بل هي عرضة للتذبذب المستمر في قيمتها[٢].

٤ – اعتبار تغير قيمة النقود ظرفاً طارئاً، حيث يترتب على الملتزم نتيجة التزامه أضرار فادحة لم تكن متوقعة في أثناء العقد، فيرفع عنه هذا الضرر بسبب الظرف الطارىء الذي هو تغير قيمة النقود، وقد ذكرنا فيما سبق مبدأ العذر في الإجارة عند الحنفية، ومبدأ وضع الجوائح عند المالكية، واعتبارهما ظرفين طارئين، فيلحق بهما تغير قيمة النقود بجامع وجود الضرر الفادح بسبب الظرف الطارىء.

فتغير قيمة النقود يدخل تحت نظرية الظروف الطارئة وشروطها، فهو خارج عن إرادة المتعاقدين ولا يمكنهما دفعه، وغير متوقع، ويؤثر في المركز التعاقدي لكل منهما، فلذلك نطبق هذه النظرية ونرفع الضرر الواقع على أي من الطرفين باللجوء

---

(١) أخرجه أبو داود ٣/٦٥١ كتاب البيوع والإجارات باب في اقتضاء الذهب من الورق رقم الحديث (٣٣٥٤)، والترمذي ٣/٥٤٤ كتاب البيوع باب ما جاء في الصرف رقم الحديث (١٢٤٢)، والنسائي ٧/٢٨٣ كتاب البيوع باب أخذ الورق من الذهب رقم الحديث (٤٥٨٩)، وابن ماجه ٢/٧٦٠ كتاب التجارات باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب رقم الحديث (٢٢٦٢)، والحديث ضعفه ابن حزم في المحلى ٨/٥٠٤.

(٢) نوقش هذا الدليل بأن القول باستقرار النقود الذهبية والفضية قول غير صحيح ، فالثابت أن قيمتها متغيرة إذ إن سعر صرف الذهب إلى الفضة في عهد النبي صلى الله عليه وسلم تغير في عهد عمر بن الخطاب بدليل أحاديث تغير قيمة الدية.

إلى القيمة[١].

القول الثالث : وجوب القيمة إذا كان التغير أثناء المماطلة. فإذا كان تغير قيمة النقود في أثناء الأجل فليس له إلا المثل، أما إذا كان التغير في فترة المماطلة فيجب أداء القيمة[٢].

استدل أصحاب هذا القول بأدلة منها :

١ – حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « مطل الغني ظلم»[٣]. وحديث: «ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته»[٤].

ووجه الدلالة من الحديثين أن المطل ظلم، وأن المدين الموسر إذا ماطل في أداء دينه فإنه يعرض نفسه للعقوبة، والشريعة الداعية إلى رفع الظلم تأمر بدفع القيمة لا المثل، ويفهم من الحديث أن المدين إذا كان معسراً ولم يدفع ما عليه فليس ظلماً ولا مطلاً لذا ليس عليه إلا المثل.

وكذلك فإن المدين الموسر يعرض نفسه للعقوبة ويتحمل مسئولية هذه المماطلة حتى لو لم يترتب عليها تغير قيمة النقود، فمن باب أولى أن يتحمل مسئولية تغير قيمة

---

(١) انظر تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية – هايل عبد الحفيظ (٢٩٨ – ٣٠١).

(٢) تغير قيمة العملة د. يوسف محمود قاسم . مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد (٥) (١٧١٢/٣) وموقف الشريعة من ربط الحقوق – عبدالله بن منيع – مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد (٥) ١٨٤٦/٣.

(٣) أخرجه البخاري ١٣٩/٢ كتاب الحوالة باب الحوالة وهل يرجع في الحوالة رقم الحديث (٢٢٨٧) ومسلم ١١٩٧/٣ كتاب المساقاة باب تحريم مطل الغني. رقم الحديث (١٥٦٤).

(٤) أخرجه البخاري تعليقاً ١٧٥/٢ كتاب الاستقراض باب لصاحب الحق مقال. ووصله أحمد (٢٢/٤) وأبو داود ٤٥/٤، كتاب الأقضية باب في الحبس في الدين وغيره رقم الحديث (٣٦٢٨)، والنسائي ٣١٦/٧ كتاب البيوع باب مطل الغني رقم الحديث (٤٦٨٩) وحسن إسناده ابن حجر في فتح الباري ٦٢/٥.

النقود إذا تغيرت أثناء المماطلة[١].

٢ - قياس تغير قيمة النقود أثناء المماطلة على ضمان العارية والوديعة إذا هلكت أثناء التعدي، وقد بين الفقهاء أن من التعدي تجاوز المدة المحددة، وعدم ردها إلى صاحبها إذا طلبها أو التقصير في حفظها، أو التجاوز في الاستعمال الذي أباحه له.

فهذه المماطلة التي تكون من المدين تعد تعدياً، وخلاله حصل عيب للنقود وهو تغير قيمتها، وهو ضرر محقق فوجبت عندئذ القيمة[٢].

٣ - قياس حالة المماطلة وتغير السعر في أثناء هذه المماطلة وكأنها حالة غصب، والمغصوب مضمون بكل حال، وقد ذكر الفقهاء أن من أسباب الضمان اليد المؤتمنة إذا تعدت، وفي حالة حلول الأجل وعدم الوفاء يتحول الالتزام إلى أمانة في يد الملتزم يضمنه بالتعدي، وحالة المماطلة هي حالة تعد. ومن أسباب الضمان أيضاً الحيلولة وهي أن يمنع الشيء من صاحبه، وهذا السبب متحقق أيضاً في حالة عدم الوفاء عند حلول الأجل والمماطلة في الوفاء[٣].

القول الرابع : القول بالقيمة إذا كان التغير فاحشاً . فالأصل هو الوفاء بالمثل إلا إذا تغيرت قيمة النقود تغيراً فاحشاً فيلجأ عندئذ إلى القيمة.

---

(١) نوقش هذا الدليل بأن الحديث الأول لا يشير إلى وجوب القيمة وكذلك الثاني، بل فيه إشارة إلى عقوبة المماطل وهي حل العرض والعقوبة، أما أن يأخذ أكثر من حقه فهذا داخل في باب الربا.

(٢) نوقش هذا الدليل بأن العارية والوديعة قد ثبتا بالنص عليهما، أما النقود فقد ثبت فيها وجوب المثل لا القيمة.

(٣) نوقش هذا الدليل بأن لا يصح قياس الغصب على تغير قيمة النقود لأن الغصب تم بإرادة أحد الطرفين أما تغير قيمة النقود فليس لأحدهما يد فيه. وأن الغصب ليس التزاما تعاقديا، أما الدين المترتب في الذمة فقد تقرر برضا الطرفين، وأن الفقهاء قد ذهبوا إلى أن المغصوب إذا كان مثليا فلا يضمن إلا بمثله، والنقود مثلية فلا تضمن إلا بمثلها. انظر تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية (٣١٩ - ٣٢٠).

ويقصد بالتغير الفاحش الحالة التي يصبح فيها الممسك للنقود كالممسك بلا كبير فائدة منه(١).

وهذا القول في حقيقته كقول القائلين بالمثلية ، إلا في حالة وصول التغير في قيمة النقود إلى حد الكساد فلا يعود لها قيمة. وقد أيد هذا الرأي بعض المعاصرين ومنهم د. عبدالله بن منيع(٢).

القول الخامس : ذهب البعض إلى أنه إذا تغيرت قيمة النقود وجب الصلح بين المتعاقدين على الأوسط، أي يتحمل كلا الطرفين جزءاً من الضرر المترتب على تغير قيمة النقود، حتى لا يكون الضرر على شخص واحد، كما ذكر ذلك ابن عابدين(٣). واختار هذا القول الشيخ عبدالله بن عبدالرحمن أبا بطين(٤).

القول السادس : التوقف في هذه المسألة لأنها من المسائل الشائكة التي يصعب فيها ترجيح قول على آخر، ويجب التروي قبل إعطاء رأي فيها وبحث كل مشكلة علي حدة. وذهب إليه د. محمد عثمان شبير(٥).

واستدل لهذا التوقف بأمور :

– أن النقود الورقية لم تكن موجودة في العصر السابق وليس للفقهاء حكم

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد (٣) ٣/١٦٧٦.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد (٥) ٣/١٨٢٣. ومناقشة هذا القول هي مناقشة القائلين بالمثلية.

(٣) تنبيه الرقود (٦٤ – ٦٥) .

(٤) الدرر السنية للنجدي (٥/١١٠) ونوقش هذا القول بأنه يضر بأحد الطرفين حيث يتحمل جزءاً من القيمة الحقيقية المطلوبة فينقص جزءا من حقه. ثم إن فتوى ابن عابدين هي في مسألة خارج موضوع البحث فموضوع البحث عن نوع معين من النقود تغيرت قيمته أما فتوى ابن عابدين فتتحدث عن أنواع مختلفة من النقود تتداول بين الناس وهي ذات قيمة واحدة ، فتم العقد من غير تحديد نوع معين منها ثم تغيرت قيمة هذه النقود بنسب متفاوتة. حاشية ابن عابدين ٤/٢٦ – ٢٧.

(٥) المعاملات المالية د. عثمان شبير (١٦٠).

فيها .

٢ - أن النقود الذهبية والفضية المتداولة زمن التشريع قد أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم، أما النقود الورقية المتداولة اليوم فهي تختلف عنها من ناحية طبيعتها وتكييفها، وإلحاقها بأي نوع آخر من النقود يؤدي إلى نتائج غير صحيحة.

٣ - أن اختيار أحد القولين في هذه المسألة (المثلية - القيمة) يؤدي إلى محاذير شرعية، فالقول بالمثل يؤدي إلى تضييع أموال الناس فالدائن يدفع ألفاً مثلا ثم يستلمها بعد تغير قيمتها وهي تساوي مائة. والقول بالقيمة فيه ذريعة إلى الربا، فالدائن يدفع مثلا ألفاً ثم يستلمها بعد تغير قيمتها بالزيادة وهي تساوي ألفين(١).

الرأي الراجح :

بعد عرض الأقوال في مسألة تغير قيمة النقود الورقية، وبعد ذكر دليل كل قول، وما تبعه من نقاش، يترجح - والله أعلم بالصواب - القول بالمثل، فإذا تغيرت قيمة النقود الورقية، فلا يجب على من ترتب في ذمته شيء منها إلا مثلها عدداً من غير زيادة أو نقصان.

والذي دعاني لترجيح هذا القول ما يلي :

١ - أنه من المسلم لدى الجميع أن التماثل مطلوب في القروض للاحتراز عن الربا، وقد فسر النبي صلى الله عليه وسلم هذا التماثل المطلوب في أحاديث ربا

---

(١) نوقش هذا القول بأن التوقف لا يحل مشاكل المسلمين المستعصية اليوم فلابد من البحث عن البديل الشرعي المناسب وكون النقود الورقية لم تكن موجودة لا يعني عدم وجود حكم لها، إذ يجب على العلماء إفراغ الوسع في البحث عن حكمها من خلال القواعد الشرعية المؤصلة في الفقه الإسلامي.

الفضل بكل صراحة ووضوح، ومن هذه الأحاديث :

أ - حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : كنا نرزق تمر الجمع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الخلط من التمر، فكنا نبيع صاعين بصاع، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «لا صاعي تمر بصاع، ولا صاعي حنطة بصاع، ولا درهم بدرهمين»[(١)] ومعلوم أن ما يباع بصاعين كان أكثر قيمةمما يباع بصاع، ولكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرض إلا بالتماثل في القدر والكيل، وجعل التفاوت في القيمة هدراً.

ب - حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر، فجاءهم بتمر جنيب، فقال: «أكل تمر خيبر هكذا؟» قال: إنا لنأخذ الصاعين بالصاع، والصاعين بالثلاث. قال: «لا تفعل، بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً، وفي رواية « لا تفعلوا ولكن مثلا بمثل، أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا»[(٢)].

وهذه الرواية صريحة في أن التماثل المطلوب في الأموال الربوية هو التماثل في القدر دون التماثل في القيمة، لأن التمر الجنيب أغلى من الجمع بكثير، وأكثر قيمة، وأجود نوعاً، ومع ذلك أهدر رسول الله صلى الله عليه وسلم الجودة والرداءة في مبادلة بعضها ببعض ، وأوجب التماثل في الكيل.

جـ - الأحاديث التي فيها الأصناف الربوية الستة وفيها التصريح بالمثلية «مثلا بمثل سواء بسواء» وكلها ناطقة بأن التماثل في الشريعة إنما هو التماثل في القدر، ولا عبرة بالتفاوت في القيمة مادامت الأموال ربوية، وهذا في المبايعة نقداً، فكيف في القروض التي يجري فيها أصل الربا، والتي يحترز فيها عن كل زيادة

---

(١) أخرجه البخاري ٢/٨٣ كتاب البيوع باب بيع الخلط من التمر رقم الحديث (٢٠٨٠) ومسلم ٣/١٢١٦ كتاب المساقاة باب بيع الطعام مثلا بمثل رقم الحديث (١٥٩٥).

(٢) أخرجه البخاري ٢/١١٣ كتاب البيوع باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه رقم الحديث (٢٢٠١) ومسلم (٣/١٢١٥) كتاب المساقاة باب بيع الطعام مثلا بمثل رقم الحديث (١٥٩٣).

وشبهتها.

ثم إن القول بالقيمة قد يكون ذريعة إلى الربا، إذ من الممكن أن يتفق الطرفان على تأخير الدين مقابل الزيادة، فالقول بالمثلية سداً لهذه الذريعة.

٢ - مما يدل على أن المثلية في القرض إنما هي المثلية في المقدار لا في القيمة المالية المثال الآتي:

لو اقترض شخص صاعاً من بُر، وقيمته يومئذ خمسة دنانير، فلم يؤده إلى المقرض إلا بعد ما صارت قيمته دينارين فحسب، فإنه لا يرد إلى المقرض، إلا صاعاً واحداً، رغم أن مالية الصاع الواحد قد انتقصت من خمسة دنانير إلى دينارين، وهذا عند جميع الفقهاء، ولا يقول أحد: إن رد الصاع الواحد فقط بعد انتقاص ماليته ظلم على المقرض، فينبغي أن تضاف إلى الصاع زيادة نسبة نقصان قيمته، مما يدل على أن المراد بالمثلية في القرض مثلية المقدار لا مثلية القيمة والمالية[1].

٣ - أنه لا ضرر فعلياً على المقرض من تغير قيمة النقود، لأن الغرض من القروض الحسنة التقرب إلى الله تعالى بتيسير أمور عباده، وفي الإقراض من الأجر عند الله ما يهون هذا النقص، كما جاء في الحديث «ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقتها مرة»[2].

ثم إن قضى المقترض من أقرضه بما هو أكثر مما اقترضه من غير طلب من المقرض ولا تشوف فإن حكم ذلك الجواز بدليل حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: ««أتيت النبي صلى الله عليه وسلم وكان لي عليه دين فقضاني وزادني[3].

---

(١) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد (٥) - (٣/١٨٥٤ - ١٨٥٥).

(٢) أخرجه ابن ماجة ٢/٨١٢ كتاب الصدقات باب القرض رقم الحديث (٢٤٣٠) وحسنه الألباني في الإرواء ٥/٢٢٥.

(٣) أخرجه البخاري ٢/١٧٣ كتاب الاستقراض باب حسن القضاء رقم الحديث (٢٣٩٤) ومسلم ١/٤٩٥ كتاب صلاة المسافرين وقصرها باب استحباب تحية المسجد ركعتين. رقم الحديث (٧١٥).

و بهذا يتضح أن الوفاء بالقرض زيادة عنه من غير طلب من المقرض أو تلميح بذلك لا بأس به، وأن القرض عمل إرفاقي تدعو إليه مكارم الأخلاق، أما إلزام الملتزم بزيادة على التزامه سواء كان قرضاً أم غيره فهذا يدخل في باب الربا، وكذلك يدخل فيه الانتفاع من المقترض قبل سداد القرض، كل ذلك إذا قلنا بالقيمة، فكان القول بالمثلية هو الأرفق والأحكم والأقرب لقواعد العدل.

٤ - أن القول بالمثلية أكثر انضباطا من القول بالقيمة، إذ أننا إذا قلنا بالقيمة فيجب القول فيها في كل الأحوال انخفاضاً وارتفاعاً، وفي كل المعاملات من البيوع الآجلة والقروض، وغيرها أما الانتقائية وتطبيقها على بعض الديون دون بعض فهذا غير صحيح، وقد يقصد به التحايل على الربا.

٥ - القول بالمثلية - والله أعلم - أقرب للصواب فقد أفتت به المجامع الفقهية التي هي في عصرنا بمثابة الإجماع - ولا أقول إجماعاً صريحاً - والأخذ بقول المجامع الفقهية لاشك في قوته حيث يناقش الموضوع من قبل العلماء والمتخصصين، ثم يخرج المناقشون بنتيجة محكمة هي فتوى المجمع.

وقد اعتمد القول بالمثلية المعهد العالمي للاقتصاد الإسلامي في إسلام آباد بالاشتراك مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، في جدة عام ١٤٠٧هـ الموافق ١٩٨٧(١)، حيث اعتمد المشاركون - وهم مجموعة مختارة من علماء الشريعة والاقتصاد - القول برد المثل في حال تغير قيمة النقود وذكروا في التوصيات أن رخص النقود الورقية وغلاءها لا يؤثران في وجوب الوفاء بالقدر الملتزم به منها، قل ذلك الرخص والغلاء أو كثر، إلا إذا بلغ الرخص درجة يفقد فيها النقد الورقي ماليته فعندئذ تجب القيمة لأنه حينئذ يصبح في حكم النقد المنقطع.

ومما ذكروا أيضاً أن مقاصد الشريعة العامة وأدلتها الجزئية تفيد أن

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي. العدد (٥) ٣/١٨١٩.

القرض قد شرع أصلاً من أعمال البر والمعروف، والقصد من مشروعيته الإرفاق بالمقترض، ولا يصح للمقرض أن يتخذ القرض لاستثمار ماله وتنميته والحفاظ على قيمته، فمن جعله وسيلة لاستثمار أمواله وتنميتها والحفاظ على قيمتها فقد خالف قصد الشارع.

وقالوا بأن النقود الورقية تقوم مقام النقدين في جريان الربا ووجوب الزكاة فيها، وكونها رأس مال سلم ومضاربة وحصة في شركة ، وأن قول أبي يوسف رحمه الله بوجوب رد قيمة الفلوس في حالة الغلاء والرخص بالنسبة للنقدين لا يجري في الأوراق النقدية، لأن هذه الأوراق النقدية تقوم مقام النقدين المتفق على عدم اعتبار الرخص والغلاء فيهما في جميع الديون.

وذكروا أيضا في معرض النظر في ربط الحقوق بتغير الأسعار أن المقصود بالمثل في أحاديث الربا، المثل في الجنس والقدر الشرعيين، أي الوزن أو الكيل أو العدد، لا القيمة، وذلك اتباعاً لما دلت عليه السنة من إلغاء اعتبار الجودة في تبادل الأصناف الربوية، وما انعقد عليه إجماع الأمة وجرى عليه عملها.

وكذلك قالوا : لا يجوز ربط الديون التي تثبت في الذمة أيا كان مصدرها بمستوى الأسعار، بأن يشترط العاقدان في العقد المنشىء للدين، كالبيع والقرض وغيرهما ربط العملة التي وقع بها البيع أو القرض، بسلعة أو مجموعة من السلع، أو عملة معينة أو مجموعة من العملات، بحيث يلتزم المدين بأن يوفي للدائن قيمة هذه السلعة أو العملة وقت حلول الأجل بالعملة التي وقع بها البيع والقرض.

أما فتوى مجمع الفقه الإسلامي ، فقد انعقد مجلس المجمع في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأول ١٤٠٩هـ الموافق ١٠ إلى ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م .

وبعد إطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع (تغير قيمة العملة) واستماعه للمناقشات التي دارت حوله. وبعد الاطلاع على قرار المجمع رقم (٩) في الدورة الثالثة بأن العملات الورقية نقود اعتبارية فيها صفة

الثمنية كاملة، ولها الأحكام الشرعية المقررة للذهب والفضة من حيث أحكام الربا والزكاة والسلم وسائر أحكامها، قرر ما يلي :

العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة ما هي بالمثل وليس بالقيمة، لأن الديون تقضى بأمثالها، فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة أيا كان مصدرها بمستوى الأسعار، والله أعلم(١).

٦ - أن الاحتجاج على القول بالقيمة بما حصل في لبنان مثلا من انخفاض فاحش في سعر الليرة اللبنانية أو غيرها من الحوادث التي تأثرت وتضررت تضرراً بالغاً بسبب تغير قيمة العملة، الاحتجاج بهذه الحوادث لا يمنع القول بالمثلية، لأن هذه الحوادث أشياء فردية لا يصح أن نبني عليها حكماً، ويمكن أن تدخل في مبدأ وضع الجوائح، حيث تناقش كل مشكلة على حدة فإذا توفرت فيها شروط وضوابط الجوائح وضعت الجائحة عن المتضرر فتحقق العدل ورفع الظلم. والله أعلم بالصواب.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي. العدد (٥) ٣/٢٢٦١.

الفصل الثاني

أنواع الجوائح

الجوائح لها عدة أنواع، ولا تختص بنوع واحد معين، فقد تكون الجوائح آفات سماوية، وقد تكون من فعل الإنسان، وما كانت من فعل الإنسان تنقسم إلى قسمين: ما يمكن تضمينه، وما لا يمكن تضمينه.

وهذا ما سأذكره في هذا الفصل في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: ما لا صنع للآدمي فيه.

المبحث الثاني: صنع الآدمي.

المبحث الأول

ما لا صنع للآدمي فيه

المطلب الأول: المراد بما لا صنع للآدمي فيه

المطلب الثاني: أمثلة له

المبحث الأول
ما لا صنع للآدمي فيه

من أنواع الجوائح التي ذكرها الفقهاء ما لا صنع للآدمي فيه، ولتوضيح المراد بهذا المبحث، أذكر أمثلة متعددة لما لا صنع للآدمي فيه، بعد أن أبين المقصود به، وذلك في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : المراد بما لا صنع للآدمي فيه :

المراد بما لا صنع للآدمي فيه : الذي لا فعل للآدمي فيه وهي الآفات السماوية، والآفات السماوية مركبة من كلمتين : آفات وسماوية، ولابد من تعريف كل كلمة، حتى يتضح لنا معنى الآفات السماوية.

١ - معنى الآفة :

الآفة هي العاهة ، وهي عرض يفسد ما يصيبه. قال ابن منظور : (الآفة العاهة، وفي المحكم : عرض مفسد لما أصابه من شيء)[١].

وفي القاموس : (الآفة : العاهة، أو عرض مفسد لما أصابه)[٢]. وقال الفيومي : (الآفة عرض يفسد ما يصيبه وهي العاهة)[٣].

---

(١) لسان العرب ٩/١٦ مادة « أوفَ ».

(٢) القاموس المحيط ٣/١٧٧، مادة «أوف».

(٣) المصباح المنير ١١ مادة « أوف » .

وفي المعجم الوسيط : (الآفة كل ما يصيب الشيء ويفسده من عاهة، أو مرض، أو قحط)[١].

من هذه التعاريف يتبين لنا معنى الآفة التي هي عرض يفسد ما يصيبه من شيء وفسرت أيضا بالعاهة.

والعاهة هي الآفة والعيب، وهي الآفات والبلايا التي تصيب الزرع، وتصيب الانسان في نفسه وماله[٢].

٢ – معنى السماوية :

المقصود بالسماوية أنها منسوبة إلى السماء، بمعنى أنها من فعل الله عزوجل، ولا اكتساب لمخلوق فيه، ولذلك يذكر الأصوليون عند كلامهم عن عوارض الأهلية: العوارض السماوية، ويعنون بها التي تثبت من قبل صاحب الشرع بدون اختيار الانسان، ولهذا نسبت إلى السماء، لأن ما لا اختيار للإنسان فيه ينسب إلى السماء، على معنى أنه خارج عن قدرة الإنسان[٣].

٣ – معنى الآفات السماوية :

بعد شرح معنى الآفات ، ومعنى السماوية ، يتضح لنا جلياً المقصود من الآفات السماوية فهي : الآفات التي لا صنع لآدمي فيها ، ولا اختيار ، ولا كسب ، فهي آفات سماوية أي منسوبة إلى السماء، إشارة إلى أنها من فعل من رفع السماء، أو أنه لا يقدر عليها إلا من رفع السماء، وهو الله سبحانه

---

(١) المعجم الوسيط ٣٢/١ مادة «أوف».

(٢) انظر تعريف العاهة اللغوي والاصطلاحي : المصباح المنير ١٦٨ مادة «عيه»، ولسان العرب ٥٢٠/١٣، ومختار الصحاح ١٩٤، والقاموس المحيط ٤١٤/٤ مادة «عوه»، والنهاية في غريب الحديث ٣٢٤/٣، وفتح الباري ٣٩٥/٤، وشرح صحيح مسلم ١٧٩/١٠، ونيل الأوطار ١٩٦/٥.

(٣) انظر شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني ١٦٧/٢، وأصول الفقه لأبي زهرة ٣٣٩، والوجيز في أصول الفقه لعبدالكريم زيدان ١٠١.

وتعالى[١].

ولذلك عرف كثير من الفقهاء الجائحة بأنها كل آفة ثم يذكرون قيداً وهو: لا صنع للآدمي فيها.

فهذا ابن قدامة يعرف الجائحة بقوله: (وكل آفة لا صنع للآدمي فيها)[٢]، ويذكر ذلك كذلك ابن مفلح[٣] وشارح الروض المربع[٤]. وغيرهم.

---

(١) حاشية العدوي على الخرشي ٥/١٩٣، وانظر منح الجليل ٢/٧٤١، وجواهر الإكليل ٢/٦٣، وحاشية الدسوقي ٣/١٨٥ .

(٢) المغني ٤/٨٦ .

(٣) المبدع ٤/١٧٠ .

(٤) حاشية الروض المربع ٤/٥٥٥.

المطلب الثاني : أمثلة له[١] :

ذكر الفقهاء أمثلة كثيرة لما لا صنع للآدمي فيه وهي الآفات السماوية، وقد عدوا منها ما يقارب العشرين، وزاد بعضهم على ذلك.

فمنها ما ذكره الحطاب حيث نقل أمثلة كثيرة ومنها :

النار ، والريح - وهو السموم - والثلج، والغرق بالسيل، والبرد، والطير الغالب، والمطر المضر، والدود، والقحط، والعفن، والجراد، والجليد، والغبار المفسد، والعفاء - وهو يبس الثمرة مع تغير لونها - والقسام - وهو مثل العفاء - والجرش - وهو خمدان الثمرة - والشوبان - وهو متساقط الثمرة - والشمرخة - وهو أن لا يجري الماء في الشماريخ[٢]، ولا يرطب حسناً ولا يطيب[٣].

ومنها العطش ، والصاعقة ، والفار، والحر[٤]، وغيرها من الآفات السماوية.

وقد نقل الحطاب الابن غن بعض المالكية أبياتاً في تعداد الجوائح منها:

إن الجوائح في الأشجار عدتها ... ثلاث عشرة فاحفظها فدونكها
النار والريح ثم الثلج والغرق ... والبرد والطير والغيث المضر بها
الدود والقحط ثم العفن يتبعها ... بعد الجراد وجيش قد ألم بها
فاحفظ فداك نفسي اليوم جعلتها ... واللص فاختم به مجموع عدتها

---

(١) هذا المطلب ذكرته في التمهيد، وذكره هنا للمحافظة على ترتيب الموضوع فحسب .

(٢) الشماريخ : رؤوس الجبال . لسان العرب ٣١/٣ مادة «شمرخ».

(٣) مواهب الجليل ٥٠٧/٤، وانظر الكافي ٤٥/٢، والمدونة ٢١/٤، وجواهر الإكليل ٦٣/٢، والمعونة ١٠١٩/٢، والقوانين ٢٨٨، والذخيرة ٢١٢/٥، ومنح الجليل ٧٤١/٢.

(٤) انظر الشرح الصغير ٨٨/٢، والتفريع ١٥٢/٢، والمنتقى ٢٣٣/٤، وحاشية الدسوقي ١٨٥/٣، والبهجة ٣٣/٢، وروضة الطالبين ٢١٩/٣، والإنصاف ٧٧/٥، والمغني ٨٦/٤ - ٨٧، والمبدع ١٧٠/٤، ومجموع الفتاوي ٢٧٨/٣٠، وشرح منتهى الإرادات ٢١٢/٢، وحاشية الروض المربع ٥٥٥/٤.

أما بقية الخمس والعشرين ، فضمنت في أبيات وهي :

واضمم إليها من الأعداد أربعة ... مع ستة واثنتين اسمع وكن نبها

هي الريح إذا ما كسرت شجراً ... مع السموم سراب باق غاصبها

جليد سلطان شوبان شمرخة ... مع العفاء وقسم الجرش يختمها(١)

وينقل التسولي عن بعضهم نظماً للجوائح ما نصه :

جوائح أشجار الثمار كثيرة ... وعدتها ستة وعشر فهاكها

فقحط وثلج ثم غيث وبردها ... وعفن وريح والجراد وفارها

ودود وطير غاصب ثم سارق ... وغرق وجيش والمحارب نارها(٢)

---

(١) القول الواضح ١٢٢ .

(٢) البهجة ٢/٣٣ .

المبحث الثاني

صنع الآدمي

المطلب الأول : صنع الآدمي الذي لا يمكن تضمينه

المطلب الثاني : صنع الآدمي الذي يمكن تضمينه

المبحث الثاني
صنع الآدمي

بينا فيما سبق أن الجائحة إما أن تكون بفعل الآدمي، أو أن تكون آفات سماوية لا صنع للآدمي فيها، وذكرنا اتفاق الفقهاء على أن ما لا صنع للآدمي فيه كالآفات السماوية يعتبر جائحة ولا خلاف في ذلك .

أما صنع الآدمي ، فقد اختلف الفقهاء فيه، هل يعتبر جائحة أو لا؟

لابد أن نعرف أولاً أن صنع الآدمي يمكن تقسيمه إلى قسمين :

الأول : صنع الآدمي الذي لا يمكن تضمينه.

الثاني : صنع الآدمي الذي يمكن تضمينه.

وهذا ما سأذكره في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : صنع الآدمي الذي لا يمكن تضمينه.

قد يحصل التلف في الثمار ونحوها بسبب صنع الآدمي بحيث لا يمكن تضمينه، وذلك كصنع الجيوش التي لا يمكن دفعها، واللصوص الذين لا يعرفون ولا يمكن تضمينهم أيضا، فإذا حصل ذلك منهم فهل يعتبر هذا جائحة أو لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : أن صنع الآدمي الذي لا يمكن تضمينه يعتبر جائحة من

الجوائح، وهو قـول أكثر المالكية[١]، وقـول للشـافعية[٢]، ووجه عند الحنابلة[٣].

دليل هذا القول[٤] :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - أن صنع الآدمي الذي لا يمكن تضمينه يعتبر جائحة قياساً على الآفات السماوية المتفق على كونها جائحة، والجامع بينها عدم إمكان الضمان في كلٍّ[٥].

٢ - أن المأخذ في اعتبار الجوائح هو إمكان الضمان، فما أمكن تضمينه لا يعتبر جائحة، لأنه يمكن الرجوع ببدله، وأما ما لم يمكن تضمينه فيعتبر جائحة لأنه لا يمكن الرجوع ببدله[٦].

القـول الثـاني : أن صـنع الآدمي الذي لا يمـكن تضمينه لا يعتبر جائحة من الجـوائح. وهو قول بعض المالكية[٧]. وقول للشافعية[٨]، ووجـه عند

(١) المدونة ٤/٢١، وحاشية الدسوقي ٣/٨٥، والقول الواضح ١١٢ - ١١٣ .

(٢) يقول الشافعي في الأم ٣/٥٩ : (والجائحة من المصائب كلها كانت من السماء أو من الآدميين) وهذا يشعر بأنه يرى أن فعل الآدمي يعتبر جائحة مطلقاً سواء أمكن تضمينه أم لم يمكن تضمينه. وقال في موضع آخر ٣/٥٨: (وجماع الجوائح كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدمي) وهذا يشعر بأنه يرى أن الجائحة إنما هي في الأمور السماوية ومن فعل الآدمي.

(٣) الإنصاف ٥/٧٨، والمبدع ٤/١٧٣، ومجموع الفتاوي ٣٠/٢٧٨ .

(٤) أدلة هذا القول هي أدلة القائلين بأن الجيش جائحة، ولذا آثرت الاختصار في هذا المطلب.

(٥) التاج والإكليل ٤/٥٠٧، وبداية المجتهد ٢/٢٢٣، ومجموع الفتاوي ٣٠/٢٧٨، ونيل الأوطار ٥/٢٠٠.

(٦) القوانين ٢٨٨، ومواهب الجليل ٤/٥٠٧ ، والمغني ٤/٨٧، ومجموع الفتاوي ٣٠/٢٧٨.

(٧) منهم مطرف وابن الماجشون وغيرهما. المنتقى ٤/٢٣٢، والذخيرة ٥/٢١٢، ومواهب الجليل ٢/٥٠٧.

(٨) الأم ٣/٥٨ .

الحنابلة[١].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي[٢] :

حديث أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهي. فقيل وما تزهي؟ قال: «تحمر» فقال رسول الله ﷺ : «أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟»[٣].

وجه الدلالة من الحديث :

أن المنع إنما يكون من الله عز وجل، ولذلك لا يعتبر صنع الآدمي جائحة، لأن الجائحة إنما تكون في ما لا صنع للآدمي فيه، وهي الأمور السماوية[٤].

المناقشة والترجيح :

الذي يترجح في هذه المسألة - والله أعلم - هو أن صنع الآدمي الذي لا يمكن تضمينه يعتبر جائحة من الجوائح، وذلك لما يلي :

١ - أن قياس صنع الآدمي الذي لا يمكن تضمينه على الآفات السماوية قياس صحيح معتبر لوجود العلة الجامعة، وهي عدم القدرة على دفع تلك المصيبة، وعدم إمكان الضمان[٥].

٢ - استدلال أصحاب القول الثاني بحديث «أرأيت إذا منع الله

---

(١) المبدع ٤/١٧٣، والإنصاف ٥/٧٨، ومجموع الفتاوى ٣٠/٢٧٨.

(٢) أدلة أصحاب هذا القول هي أدلة القائلين بأن الجيش ليس بجائحة، ولذا آثرت الاختصار في هذا المطلب.

(٣) تقدم تخريجه ص ٩٨ .

(٤) بداية المجتهد ٢/٢٢٣، ونيل الأوطار ٥/٢٠٠.

(٥) مجموع الفتاوي ٣٠/٢٧٨، وحاشية الروض المربع ٤/٥٥٦ .

الثمرة»[1]- يرد عليه بأن يقال: ليس هذا الحديث للحصر، فكما أن ما كان من فعل الله تعالى كالأمور السماوية جائحة، فكذلك صنع الآدمي الذي لا يمكن تضمينه جائحة.

٣ - التعليل بأنه ليس جائحة لأنه من صنع الآدمي لا يستقيم، إذ المأخذ إنما هو إمكان الضمان، فمادام أن صنع الآدمي لا يمكن تضمينه فيكون عندئذ جائحة.

٤ - أن عدم عد صنع الآدمي الذي لا يمكن تضمينه جائحة فيه أكل لأموال الناس بالباطل، حيث هذا لا يضمن بالبدل، وليس جائحة توضع، فتضيع الحقوق بذلك. والله أعلم .

(١) تقدم تخريجه ص ٩٨ .

المطلب الثاني : صنع الآدمي الذي يمكن تضمينه :

قد يتلف الثمرة ونحوها آدمي ، ويمكن تضمينه بهذا التلف، فهل يعتبر ذلك جائحة أو لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القـول الأول : أن ما يحدثه الآدمي ويمكن تضمينه لا يعد من الجوائح. وهو قول المالكية في المشهور[١]، وأكثر الشافعية[٢]، ومذهب الحنابلة[٣].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي[٤] :

١ - أن صنع الآدمي الذي يمكن تضمينه يمكن التحصن منه، ويُقدر على التحفظ والتخلص منه، وهو مما يستطاع دفعه لو علم به، وما يستطاع دفعه لا يكون جائحة[٥].

٢ - أن صنع الادمي الذي يمكن تضمينه إذا نتج عنه تلف فإنه يمكن الرجوع ببدله، بخلاف ما يتلف بالجائحة حيث لا يمكن الرجوع ببدله[٦].

القول الثاني : أن ما يحدثه الادمي مما يمكن تضمينه يعتبر جائحة، وهو قول

---

(١) حاشية الدسوقي ٣/١٨٥، والقول الواضح ١١٠ - ١١١، والمدونة ٤/٢١.

(٢) روضة الطالبين ٣/٢٢٠، ومغني المحتاج ٢/٩٢.

(٣) الإنصاف ٥/٧٨، والمبدع ٤/١٧٣، وإعلام الموقعين ١/٣٥٨.

(٤) أدلة أصحاب هذا القول هي أدلة القائلين بعدم اعتبار السرقة جائحة فلذا آثرت الاختصار.

(٥) المنتقى ٤/٢٣٣، والمقدمات ٢/٥٤٥ ، وكفاية الطالب الرباني ٢/١٧٣.

(٦) المغني ٤/٨٧، والمبدع ٤/١٧٣ .

بعض المالكية[١]، وقول للشافعية[٢]، ووجه عند الحنابلة[٣].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي[٤]:

١ - أن صنع الآدمي الذي يمكن تضمينه يعتبر من فعل مخلوق لا يقدر على دفعه، كالجراد فيكون جائحة، لأنه من المقرر أن كل ما لا يقدر على دفعه فهو جائحة[٥].

٢ - أنه لا فرق بين فعل الآدمي وغيره في ذلك لما بقي على البائع في الثمرة من حق التوفية، فإذا تلفت بفعل آدمي، وجب الضمان على البائع، ووضعت الجائحة عن المشتري[٦].

المناقشة والترجيح :

يظهر لي أن الراجح هو القول بعدم اعتبار صنع الآدمي الذي يمكن تضمينه من الجوائح وذلك لما يلي :

١ - أن القاعدة العامة في الجوائح أن كل ما لا يقدر على دفعه أو الاحتراس منه فهو جائحة، وصنع الآدمي الذي يمكن تضمينه ليس من هذا القبيل، فيمكن الاحتراس منه، ويستطاع دفعه، وهو أمر مستطاع ومقدور عليه[٧].

---

(١) وهو قول ابن القاسم في المدونة ٤/٢١، وانظر القول الواضح ١١٠ - ١١١، والمقدمات ٢/٥٤٥، وجواهر الإكليل ٢/٦٣ .

(٢) الأم ٣/٥٩، وروضة الطالبين ٣/٢٢٠، ومغني المحتاج ٢/٩٢.

(٣) الإنصاف ٥/٧٨، والمبدع ٤/١٧١.

(٤) الأدلة هنا هي أدلة القائلين باعتبار السرقة جائحة ، فلذا آثرت الاختصار.

(٥) المقدمات ٢/٥٤٠، والتاج والإكليل ٤/٥٠٧، والقول الواضح ١١٠ .

(٦) المنتقى ٤/٢٣٣.

(٧) القول الواضح ١١٠ - ١١١، وإعلام الموقعين ١/٣٥٨ .

٢ - أن المأخذ هنا هو إمكان الضمان، فما أمكن تضمينه لا يعد جائحة، وما لا يمكن تضمينه فهو جائحة، وصنع الآدمي الذي يمكن تضمينه لا يعد جائحة لإمكان الضمان حيث يرجع بالبدل أو القيمة في حالة التلف[1].

٣ - القول بأنه لا فرق بين فعل الآدمي وغيره في ذلك لما بقي على البائع في الثمرة من حق التوفية، يرد عليه بأنه صحيح أن البائع عليه حق التوفية، لكننا نقول بأن ما يحدث من تلف للثمرة بسبب يمكن معه الضمان يعفي البائع من المسؤولية، حيث يتبع المتسبب بالغرم لإمكان تضمينه. والله أعلم .

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٠/٢٧٨ .

الفصل الثالث

الشروط المعتبرة في وضع الجائحة

وضع الفقهاء القائلون بوضع الجوائح شروطاً معينة، يشترط وجودها لكي تعتبر الجائحة، وتوضع عن المشتري، حيث يظهر من كلام الفقهاء أنهم لم يطلقوا القول بوضع الجائحة دون ضوابط وشروط، بل وضعوا ضوابط وشروطاً اتفقوا على بعضها، واختلفوا في البعض الآخر.

وقد يظهر الاتفاق واضحاً من خلال كلام الفقهاء ، وقد لا يظهر صريحاً، حيث لا يصرحون بالاختلاف، ولا يظهر منهم خلاف، فيكون اتفاقاً ضمنياً.

وفيما يلي عرض هذه الشروط من خلال المباحث الآتية :

المبحث الأول : مواضع الاتفاق .

المبحث الثاني : مواضع الاختلاف .

المبحث الأول

مواضع الاتفاق

المطلب الأول : أن تفرد الثمرة بالشراء عن أصلها

المطلب الثاني : أن تبقى الثمرة على رؤوس الشجر لينتهي طيبها

المبحث الأول
مواضع الاتفاق

ذكر الفقهاء القائلون بوضع الجائحة شروطاً معتبرة في وضع الجائحة، ومنهم من صرح بهذه الشروط، ومنهم من لم يذكر خلافاً فيها، مما يدل على اتفاقهم عليها، ومن هذه الشروط ما سأذكره في المطالب الآتية:

المطلب الأول : أن تفرد الثمرة بالشراء عن أصلها.

وهذا الشرط نص عليه الفقهاء من المالكية والحنابلة، وقصدوا به صورتين:

الأولى : أن يشتري المشتري الثمرة وحدها دون أن يشتري معها الأصل.

الثانية : أن يشتري المشتري الثمرة مفردة عن أصلها أولاً، ثم يشتري بعد ذلك أصلها.

ففي هاتين الصورتين توضع الثمرة إذا أصابتها جائحة، ويرجع بها على البائع.

وهاتان الصورتان لا خلاف فيهما عند القائلين بوضع الجوائح، وقد نص عليها كثير من المالكية، حيث ذكر الحطاب(١) أنه يشترط في وضع الجائحة شرطان :

أولهما : أن يكون البيع على الثمرة بانفرادها.

وكذا ذكر الخرشي(٢) عندما شرع في ذكر شروط وضع الجائحة عن

---

(١) القول الواضح ١٤٨ .

(٢) هو محمد بن عبد الله الخرشي المالكي. أول من تولى مشيخة الأزهر نسبة إلى قرية «أبو خراش» بمصر. أقام بالقاهرة وتوفي بها سنة ١١٠١هـ. من مؤلفاته: «الشرح الكبير على متن خليل»، و«الفوائد السنية في شرح المقدمة السنوسية».

[سلك الدرر ٤/٦٢ ، الأعلام ٦/٢٤٠].

المشتري، حيث ذكر منها أن يكون المشتري اشترى الثمرة مفردة عن أصلها فقط، أو اشتراها مفردة أولاً ثم اشترى أصلها بعدها[١].

ويقول العدوي[٢]: (ويشترط في البيع أيضاً أن تكون الثمرة مشتراة منفردة عن أصلها)[٣].

وفي جواهر الإكليل : (وإن أفردت الثمار بالشراء دون أصلها، أو اشتريت وحدها بعد بدو صلاحها – ثم ألحق – أي اشتري أصلها)[٤] أي فإنه توضع الجائحة.

أما فقهاء الحنابلة فقد نصوا على ذلك أيضاً، وأن المشتري إذا اشترى الثمرة دون الأصل فلحقتها جائحة من السماء رجع بها على البائع[٥]. أي توضع الجائحة.

وقال البهوتي : (وإن تلفت ثمرة بيعت بعد بدو صلاحها دون أصلها قبل أوان جذاذها بآفة سماوية رجع على البائع)[٦] أي وضعت الجائحة.

---

(١) شرح الخرشي علي خليل ١٩١/٥ .

(٢) هو علي بن أحمد العدوي الصعيدي. ولد في صعيد مصر. من فقهاء المالكية المحققين، درس بالأزهر بالقاهرة، وتوفي بها سنة ١١٨٩هـ. من مؤلفاته: «حاشية على شرح الخرشي على مختصر خليل»، و«حاشية على كفاية الطالب»، على «الرسالة».
[شجرة النور الزكية ٣٤١، الأعلام ٢٦٠/٤].

(٣) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ١٧٤/٢.

(٤) جواهر الإكليل ٦٢/٢، وانظر الشرح الكبير ١٨٣/٣، والتاج والإكليل ٥٠٦/٤، والشرح الصغير ٨٧/٢ .

(٥) مختصر الخرقي (١١٥) .

(٦) الروض المربع ٣٥٢، وانظر: المبدع ١٧١/٤، ونيل المآرب ٨٢/٢، وكشاف القناع ٢٨٦/٢، وفيه: (ومحل وضع الجائحة من المشتري ما لم يشترها مع أصلها).

هذا هو نص فقهاء المالكية والحنابلة في الثمرة إذا بيعت منفردة عن أصلها، أو إذا بيعت مفردة أولاً ثم اشتري أصلها بعدها، فإنه في كلتا الحالتين توضع الجائحة.

وينتج عن هذا الشرط أمر آخر، وهو أن الثمرة إذا بيعت مع أصلها، أو بيع الأصل وحده ثم ألحقت الثمرة به، فإنه لا توضع الجائحة، وهذا قد نص عليه أيضاً فقهاء الحنابلة، ففي شرح مختصر الخرقي: (قوله: «دون الأصل» يخرج ما إذا اشتراها مع الأصل، فإن ضمانها يستقر عليه لحصولها تابعة لما ضمانه عليه وهو الأرض)[1] أي لا توضع الجائحة.

وفي شرح منتهى الإرادات : (ما لم تبع الثمرة مع أصلها، فإن بيعت معه فمن ضمان مشتر)[2].

وذكر المرداوي أنه لو اشترى الثمرة مع أصلها فإنه لا جائحة فيها إذا تلفت ، وهو قول الأصحاب[3].

وذكر ابن تيمية هاتين الصورتين وأن المشتري إن (اشترى الأصل بعد ظهور الثمر، أو قبل التأبير واشترط الثمر فلا جائحة في ذلك) وذكر أنه بسبب ذلك احترز الخرقي من هذه الصورة فقال: (وإذا اشترى الثمرة دون الأصل فتلفت بجائحة من السماء رجع بها على البائع) ، أي توضع الجائحة في هذه الصورة ، ثم ذكر تعليل ذلك وهو أنه هنا حصل القبض الكامل بقبض الأصل، ولهذا لا يجب على البائع سقي ولا مؤونة أصلا فإن المبيع عقار، والعقار قبض بالتخلية، والثمر

(١) شرح مختصر الخرقي للزركشي ٤/٥٢٦ - ٥٢٧.
(٢) شرح منتهى الإرادات ٢/٢١٣ .
(٣) الإنصاف ٥/٧٧ .

دخل ضمناً وتبعاً، فإذا جاز بيعه قبل صلاحه جاز هنا تبعاً، ولو بيع مقصودا لم يجز بيعه قبل صلاحه[1].

أما النووي وهو من فقهاء الشافعية فقد ذكر هذه الصورة أيضا مع أنه لا يرى وضع الجوائح إلا أنه ذكر المسألة بعد أن ذكر أن للشافعية قولين في المسألة. قال: (فرع : باع الثمر مع الشجر فتلف الثمر بجائحة قبل التخلية بطل العقد فيه، وفي الشجر قولان، وإن تلف بعد التخلية، فمن ضمان المشتري - أي لا جائحة فيه - بلا خلاف)[2] أي في المذهب. وذكر في مغني المحتاج أن لا جائحة فيما إذا بيعت الثمرة مع الشجرة حيث يقول بعد أن ذكر القولين في المذهب: (وما إذا باع الثمرة دون الشجرة - أي هي من ضمان البائع - وإلا فهي من ضمان المشتري)[3] أي لا توضع الجائحة إذا بيعت الثمرة مع الشجرة.

دليل هذا الشرط :

ما سبق ذكره من نصوص الفقهاء وأقوالهم هو أن من شروط وضع الجائحة أن تفرد الثمرة بالشراء عن أصلها، بأن تباع الثمرة وحدها منفردة عن أصلها، أو تباع منفردة أولاً ثم يباع بعد ذلك الأصل، وبناء على ذلك لا جائحة في الثمرة إذا بيعت مع أصلها، ولا إذا ما بيع الأصل وحده ثم ألحقت الثمرة به.

أما دليل ذلك كله فهو أن المشتري إذا اشترى الثمرة منفردة عن أصلها فإنها

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٠/٢٨٢، وانظر المبدع ٤/١٧١، ونيل المآرب ٢/٨٢ وفيه (وكذا لو بيعت مع أصلها أو لمالك الأصل فمن ضمان مشتر) أي لا جائحة فيها .

(٢) روضة الطالبين ٣/٢٢٠ .

(٣) مغني المحتاج ٢/٩٢ .

تكون مقصودة بالشراء، والبائع يجب عليه سقيها بما هو في حاجة الثمرة، حتى أن البائع لو شرط أن لا سقي عليه لم تسقط عنه الجائحة، لأن القبض التام الكامل لم يحصل[١]، كما أن علق البائع لم تنقطع عن المبيع فإن عليه سقي الأصل وتعاهده[٢].

هذا في حال شراء الثمرة منفردة عن أصلها، أما في حال شرائها مع أصلها فإنها حينئذ تكون تبعاً للأصل، حتى أنه يجوز أن تباع مع أصلها قبل بدو صلاحها، ولو لم تكن تبعاً لم يجز، ولذا يعلل ابن تيمية ذلك بقوله: (وذلك لأنه هنا - أي في حال بيع الثمرة مع أصلها - حصل القبض الكامل بقبض الأصل، ولهذا لا يجب على البائع سقي ولا مؤونة أصلاً، فإن المبيع عقار، والعقار قبض بالتخلية، والثمر دخل ضمناً وتبعاً، فإذا جاز بيعه قبل صلاحه جاز هنا تبعاً، ولو بيع مقصوداً لم يجز بيعه قبل صلاحه)[٣]. فإذا أجيحت الثمرة والحال هذه فهي من مال المشتري[٤].

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل ١٩١/٥ .

(٢) إعلام الموقعين ٣٥٧/١ .

(٣) مجموع الفتاوى ٢٨٢/٣٠ . وانظر شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٥٢٦/٤ - ٥٢٧ ، وشرح منتهى الإرادات ٢١٣/٢.

(٤) مما يجدر التنبيه عليه في هذا البحث أنه قد وقع خلاف بين المالكية في الصورة الثانية المذكورة آنفاً وهي ما إذا اشترى الأصل أولاً ثم اشترى الثمرة ثانياً، فالمشهور من المذهب أنه لا جائحة فيها، وروى أبوزيد عن ابن القاسم أن فيه الجائحة. وذكر الحطاب أن من اشترى الثمرة مع أصلها بعد بدو صلاحها فالمشهور في المذهب أنه لا جائحة فيه وقيل فيه جائحة. انظر التفصيل في القول الواضح ١٥٧ - ١٥٨، وشرح الخرشي على مختصر خليل ١٩١/٥، والذخيرة ٢٢١/٥.

المطلب الثاني : أن تبقى الثمرة على رؤوس الشجر لينتهي طيبها :

يقصد بهذا الشرط أن المشتري إذا اشترى ثمرة وتركها على رؤوس الشجر وكان مقصوده من هذا الترك تمام نضجها وانتظار وقت جذاذها، فأجيحت فإنه توضع عنه الجائحة وتكون من ضمان البائع، وهذا فيما إذا كانت الثمرة محتاجة للبقاء على رؤوس الشجر حيث يستوفى طيبها.

ومعنى انتهاء طيبها كما يذكر الصاوي[1]: بلوغها الحد الذي اشتريت له من تمر أو رطب أو زهو[2].

وعلى هذا الشرط فإن الثمرة المبيعة إذا أصابتها جائحة بعد تناهي طيبها فإنها لا توضع، وسواء بيعت بعد بدو الصلاح وتناهي طيبها عند المشتري أو بعد تناهي طيبها على الجذ فأخر جذها لغير عذر فأجيحت[3]، وكذلك لو جذت الثمرة فأصابتها جائحة فإنها لا توضع سواء تم نضجها أو لم يتم، وكذلك فيما إذا تركت على رؤوس الشجر لا لانتظار تمام نضجها وطيبها وإنما لأمر آخر كانتظار سوق أو وجود شغل عارض[4] فإنه لا توضع الجائحة.

دليل هذا الشرط :

استدل الفقهاء على اشتراط بقاء الثمرة على رؤوس الشجر لينتهي طيبها،

---

(١) هو أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي نسبة إلى «صاء الحجر» في إقليم الغربية بمصر. فقيه مالكي. توفي بالمدينة المنورة سنة ١٢٤١هـ. من مصنفاته: «بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير»، و«حاشية على تفسير الجلالين».

[شجرة النور الزكية ٣٦٤، والأعلام ١/٢٤٦].

(٢) بلغة السالك ٢/٨٩ .

(٣) بلغة السالك ٢/٨٩، والشرح الصغير ٢/٨٩ ، وحاشية الدسوقي ٣/١٨٤ .

(٤) مواهب الجليل ٤/٥٠٦، وحاشية العدوي على الكفاية ٢/١٧٤، وحاشية الدسوقي ٣/١٨٤ .

بأن البائع يجب عليه أن يسقي الثمرة في الفترة ما بين بدو الصلاح،وانتهاء الطيب، فإن له فيها حق توفية[١]، وعليه فإنه لا يتم القبض على هذه الصورة المقصودة بالشراء إلا بانتهاء هذه المدة، وذلك لحاجة الثمرة إلى السقي من قبل البائع، وحيث لم يتم القبض فإن الضمان يكون على البائع، كتلف المنافع قبل التمكن من قبضها.

فإن المبيع إذا تلف قبل التمكن من قبضه، كان أخذ شيء من الثمن، أخذ ماله بغير حق، بل بالباطل، وقد حرم الله أكل المال بالباطل، لأنه من الظلم المخالف للقسط الذي تقوم به السماء والأرض[٢].

وعليه فإن تضمين المشتري في هذه الصورة حيث لم يتمكن من القبض، يعتبر ظلماً وأكلاً لما له بغير حق[٣].

وهذا الشرط وإن لم يُختلف فيه إلا أن فقهاء المالكية ذكروا خلافاً في ضابط نهاية طيب الثمرة، وحاصله كما يقول الحطاب أن المسألة على ثلاثة أقسام:

الأول : أن تكون الثمرة محتاجة إلى بقائها في أصولها ليكمل طيبها، فهذا لا خلاف في ثبوت الجائحة فيه.

الثاني : ما لا يحتاج إلى بقائه في أصله لتمام صلاحه ولا لبقاء نضارته، كالتمر اليابس والزرع فهذا لا جائحة فيه أيضا باتفاق، لأن تسليمه قد كمل بتخلي البائع عنه إلى المبتاع، لأنه ليس له في أصله منفعة مستثناة يستنظر استيفاءها، فصار ذلك بمنزلة الصبرة الموضوعة في الأصل[٤].

---

(١) المقدمات والممهدات ٥٤٢/٢ .

(٢) مجموع الفتاوي ٢٦٨/٣٠ .

(٣) انظر في ذلك بداية المجتهد ٢٢٥/٢، والبهجة شرح التحفة ٣٤/٢ – ٣٥ ، والمعونة ١٠٢١/٢ والأم ٥٩/٣ .

(٤) المنتقى ٢٣٣/٤ .

الثالث : أن يتناهي طيبها، ولكن تحتاج إلى التأخير لبقاء رطوبته، كالعنب المشترى بعد بدو صلاحه، فهذه الصورة فيها الخلاف على قولين، فمقتضى رواية أصبغ[(١)] عن ابن القاسم أنه لا جائحة فيها، حيث لا يراعى البقاء لحفظ النضارة، وإنما يراعى تكامل الصلاح، ويجري مجرى هذا المجرى كل ما كان هذا حكمه، كالقصيل[(٢)]، والقصب والبقول والقرط.

ومقتضى رواية سحنون أن توضع الجائحة في جميع ذلك[(٣)].

وذكر الدسوقي[(٤)] أن الحاصل في المسألة هو أن الثمرة إذا بيعت بعد بدو صلاحها ، فإما أن تكون قد تناهى طيبها حين الشراء أو لا، فإن كانت لم يتناه طيبها وبقيت على رؤوس الشجر لينتهي طيبها فأجيحت، وضعت الجائحة عن المشتري بلا خلاف، وإن اشتراها المشتري على الجذ بعد أن تناهى طيبها، وأجيحت في المدة التي تجذ فيها عادة ، أو بعدها ، وقد منع مانع من جذها فيها، فإن جائحتها توضع أيضا بلا خلاف، أما الخلاف فهو في كون الثمرة متناهية الطيب عند الشراء، واشتراها المشتري على الجذ، وأخر جذها، فأجيحت بعد مضي أيام كان يمكن الجذ فيها، فقيل بوضع الجائحة فيها وقيل بعدم

---

(١) هو أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع مولى عبد العزيز بن مروان. رحل إلى المدينة ليسمع من مالك فدخلها يوم مات. وصحب ابن القاسم وابن وهب وأشهب. وكان فقيه البلد. توفي سنة ٢٢٥هـ وقيل ٢٢٤هـ. من مؤلفاته: «تفسير غريب الموطأ»، و«كتاب آداب الاقضاء».

[الديباج المذهب (٩٧) – ترتيب المدارك (١٧/٤)] .

(٢) القصيل : المقصول من الزرع الأخضر يجز لعلف الدواب. القاموس ٥١، واللسان ٥٥٨/١١، والمصباح المنير (١٩٣) مادة «قصل»، ومعجم لغة الفقهاء ٣٦٥.

(٣) مواهب الجليل ٥٠٦/٤ .

(٤) هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي. من فقهاء المالكية من أهل دسوق بمصر. درس بالأزهر وأقام بالقاهرة وتوفي بها سنة ١٢٣٠هـ. من مؤلفاته: «حاشية على الشرح الكبير للدردير»، و«حاشية على شرح السنوسي لأم البراهين».

[شجرة النور الزكية ٣٦١ ، الأعلام ١٧/٦].

وضعها(١).

ويذكر ابن رشد الحفيد الخلاف في المسألة الثالثة السابقة، وهي فيما إذا أبقى المشتري الثمرة على رؤوس الشجر ليبيعها على النضارة وشيئاً شيئاً، وأن الخلاف فيها على قولين، فمنهم من قال بوضع الجائحة تشبيهاً بالزمان المتفق عليه، ومنهم من قال بعدم وضع الجائحة، تفريقاً بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه، وذلك أن هذا الزمان يشبه المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة.

ثم ذكر سبب الخلاف، وهو أن من غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة، ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة، أي من رأى أن النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه، ومن لم ير الأمر فيهما واحداً قال: ليس فيه جائحة(٢).

وذكر الباجي مسائل اختلف فيها المالكية، وأنه يجب ردها إلى أصل واحد وهو عدم الحاجة إلى التبقية لتمام نضج أو بدو صلاح(٣).

---

(١) حاشية الدسوقي ٣/١٨٤، وشرح منح الجليل ٢/٨٣٩ .

(٢) بداية المجتهد ٢/٢٢٥، وانظر في تفصيل الخلاف بين المالكية: القول الواضح ١٦٠ - ١٦٤، والمقدمات والممهدات ٢/٥٤٢ - ٥٤٤، وحاشية العدوي على الكفاية ٢/١٧٤

(٣) المنتقى ٤/٢٣٣ - ٢٣٤.

المبحث الثاني

مواضع الاختلاف

المطلب الأول : تحرير محل النزاع

المطلب الثاني : وضع ما دون الثلث مما تتلفه الجائحة

المطلب الثالث : المراد بالثلث عند من يقول به

المبحث الثاني
مواضع الاختلاف

ذكرنا في المطالب السابقة الشروط التي اتفق عليها الفقهاء القائلون بوضع الجائحة، وفي هذا المبحث نذكر ما اختلفوا فيه وهو شرط واحد يتعلق باشتراط بلوغ الجائحة ثلث الثمرة؟ هل يعتبر ذلك شرطاً أو لا ؟ هذا ما سأبينه في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : تحرير محل النزاع :

حتى يتضح لنا محل النزاع لابد أن نذكر الأمور التي اتفق عليها الفقهاء في هذه المسألة، وهي اشتراط بلوغ الجائحة ثلث الثمرة، فإن الفقهاء قبل اختلافهم في هذه المسألة قد اتفقوا على أمور منها :

١ - اتفقوا على أن الجائحة إذا كانت من العطش فإنه يوضع قليلها وكثيرها سواء بلغت الثلث أم لا[١]، وذلك لأن سقيها على البائع فأشبهت ما فيه حق توفيه[٢]، ويذكر القرافي العلة بأن (السقي مشترى، والأصل الرجوع بالمشترى أو أجزائه إذا لم تقبض، كانت تشرب من العين أو من السماء)[٣].

وينقل ابن القاسم قول مالك في الجائحة من قبل العطش بأنه يوضع عن

---

(١) ومحل ذلك ما لم يكن العطش من تفريط المشتري، أو كان قليلاً جداً بحيث لا يلتفت إليه عادة فلا يوضع. بلغة السالك ٢/٨٨، والشرح الكبير ٣/١٨٥ .

(٢) جواهر الإكليل ٢/٦٣ .

(٣) الذخيرة ٥/٢١٣ .

المشتري ما ذهب من الثمرة من قبل الماء قليلاً كان أو كثيراً، ثم نقل التعليل بأن البائع حين باع الثمرة إنما باعها على الماء، فكل ما أصيبت من قبل الماء فإنما سببه من قبل البائع، فلا يشبه ما سواه من الجوائح[١].

٢ - واتفقوا أيضا على أن ما كان كثيراً - وهو الثلث فما فوق - مما تتلفه الجائحة أنه يوضع، لأن حد الكثرة يكون في الثلث فصاعدا، وقد اعتبره الشارع الحكيم في مواضع، منها الوصية[٢]، والنذر[٣]، وعطايا المريض[٤]، وتساوي جراح المرأة جراح الرجل إلى الثلث[٥]، كما ينقل ابن قدامة قول أحمد: (إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة) ويعلل لذلك بأن (الثلث في حد الكثرة، وما دونه في حد القلة، بدليل قوله ﷺ في الوصية «الثلث والثلث كثير»[٦]، فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة فلهذا قدر به)[٧]. يوضح ذلك أن الثمرة لابد من تلف شيء منها، ولابد من حد فاصل، والثلث يصلح أن يكون ضابطاً كما في الحديث السابق[٨].

ويعلل ابن رشد الجد بتعليل آخر وهو أن الرسول ﷺ ثبت عنه الأمر بوضع

---

(١) المدونة ٤/٢١، وانظر المنتقى ٤/٢٣٣، والفواكه الدواني ٢/١٨٥

(٢) انظر الاختيار ٥/٥٣٩، والقوانين ٤٤٠، وكفاية الأخيار ٣٤١، والكافي لابن قدامة ٢/٢٨٤.

(٣) انظر جواهر الإكليل ١/٢٤٥، والقوانين ١٨٩، والمغني ١٠/٧٢، ومجموع الفتاوي ٣٠/٢٧٩.

(٤) انظر حاشية ابن عابدين ٢/٥٢١، وحاشية القليوبي ٣/١٦٢، والمغني ٥/٢٦٥.

(٥) انظر القوانين ٣٨٠ ، والمقدمات ٢/٥٤١، والمغني ٨/٣١٤، والمبدع ٨/٣٥٠ .

(٦) أخرجه البخاري ٢/٢٨٧ في كتاب الوصايا باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس رقم الحديث ٢٧٤٢، ومسلم ٣/١٢٥١ في كتاب الوصية باب الوصية بالثلث رقم الحديث ١٦٢٨ من حديث سعد بن أبي وقاص.

(٧) المغني ٤/٨٧، وانظر المبدع ٤/١٧٢، ،مجموع الفتاوي ٣٠/٢٧٩، وتصحيح الفروع ٤/٧٨.

(٨) الكافي لابن قدامة ٢/٧٧ .

الجوائح، والجائحة لا تطلق إلا على ما أتلف المال كله أوجله، وأما من ذهب اليسير من ماله الدينار والعشرة والعشرون لا يقال إن ماله اجتيح، وكذلك من صرف له شيء يسير من جملة متاعه الكثير، لا يقال أن اللصوص اجتاحوا ماله، وإذا صح ذلك ثبت الفرق في هذا بين القليل والكثير، وثبوت ذلك يقتضي فصلاً بينها، ولا فصل إلا الثلث، لأن الثلث آخر من اليسير، وأول حد الكثير.

ثم ذكر ما يعضد ذلك وهو قوله تعالى: «يأأيها المزمل قم الليل إلا قليلاً نصفه أو انقص منه قليلاً» يريد من النصف، «أو زد عليه»[١] يريد أيضا على النصف، ثم قال تعالى: «إن ربك يعلم أنك تقوم أدنى من ثلثي الليل ونصفه وثلثه»[٢] فأخبر عز وجل عنه في هذه الآية بامتثال ما أمره به في أول السورة من القيام، فقوله تعالى: «أدنى من ثلثي الليل» هو قوله في أول السورة «أو زد عليه»، يريد على النصف، وقوله «ونصفه» هو قوله في أول السورة «نصفه»، وقوله «وثلثه» هو قوله في أول السورة «أو انقص منه قليلا» يريد من النصف، فدل ذلك على أن الثلث من النصف قليل»[٣].

٣ - ومما اتفقوا عليه أن ما كان قليلاً ، ويتلف عادة بغير جائحة فإنه لا يوضع، وذلك لأنه لا ينضبط، فما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يلتفت إليه ولا يوضع[٤].

يوضح ذلك أن الثمار لا تنفك من تلف يسير، إذ لا تسلم من يسير العفن وأكل الطير، فهذا مما دخل عليه المشتري فلا يكون له الرجوع به، ولو كان له الرجوع به لما صح بيع ثمر أبداً، لأنه لا يصح أن يسلم جميعها بوجه، لأن كل بيع

---

(١) سورة المزمل : آية ١ .

(٢) سورة المزمل : آية ٢٠ .

(٣) المقدمات والممهدات ٢/ ٥٤٠ - ٥٤١، وانظر المعونة ٢/ ١٠٢٠.

(٤) المغني ٤/ ٨٧، ومطالب أولي النهى ٣/ ٢٠٣ .

يتعين فيه يتعذر فيه تسليم المبيع باطل[١].

ثم أن هذا القليل التالف معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير، إذ كان معلوماً أن القليل يذهب من كل ثمر، فكأن المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة، وإن لم يدخل بالنطق[٢].

---

(١) المنتقى ٤/٢٣٦ .

(٢) بداية المجتهد ٢/٢٢٤، وانظر المعونة ٢/١٠١٩، والقوانين الفقهية ٢٨٨، والشرح الصغير ٢/٨٧.

المطلب الثاني : وضع ما دون الثلث مما تتلفه الجائحة :

ما سبق هو ما اتفق عليه الفقهاء القائلون بوضع الجائحة، أما نقطة الخلاف التي اختلفوا فيها فهي في وضع الجائحة فيما دون الثلث مما هو أكثر مما يتلف في العادة، فهل توضع جائحته؟ أو لا توضع؟ هذا هو محل الخلاف في المسألة.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القــول الأول : أن ما كان دون الثلث مما هو أكثر مما يتلف عادة توضع جائحته، فالجائحة يوضع قليلها وكثيرها دون اعتبار الثلث، وهو قول أحمد في أشهر الروايتين عنه[١]، والشافعي[٢] والقول المشهور عند المالكية[٣] في البقول، وقول الظاهرية[٤].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - عموم الأحاديث ، فإن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح كما جاء في حديث جابر[٥] ، وحديث أنس[٦]، وما كان دون الثلث داخل في هذا الوضع، فالأحاديث

---

(١) المغني ٨٧/٤ ، والمبدع ١٧١/٤، والإنصاف ٧٤/٥.

(٢) هذا لو قال بوضع الجائحة كما نص على ذلك في الأم ٥٩/٣. وذكر ابن حزم في المحلى ٣٨٤/٨ أن هذا هو رأي الشافعي في القديم.

(٣) المعونة ١٠٢١/٢ ، والمنتقى ٢٣٥/٤، والذخيرة ٢١٥/٥. والمراد بالبقول كل ما سوى ثمار الأشجار والحبوب من المأكولات كالقثاء والباذنجان والخيار ونحو ذلك.

(٤) المحلى ٣٨٤/٨ والظاهرية لا يفرقون بين قليل الجائحة وكثيرها إلا أنهم يعدون الجائحة موضوعة قبل أن تزهي الثمار.

(٥) أخرجه مسلم كما سبق ص ٢٠ ..

(٦) أخرجه مسلم كما سبق ص ٩٨ .

عامة تشمل الكثير والقليل، ما كان دون الثلث وما كان فوقه.

ويبين ابن قدامة رأي الحنابلة بأن ظاهر المذهب عدم التفريق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا اليسير الذي جرت العادة بتلف مثله، كالذي لا ينضبط لقلته ويسره، فهذا لا يلتفت إليه.

ثم يذكر وجه قوله هذا بأن الأحاديث في ذلك عامة، لم تفرق بين القليل والكثير، فإن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح أمراً عاماً مطلقاً، فيدخل فيه ما كان دون الثلث فلذا وجب وضعه(١).

٢ - أن هذه الثمرة لم يتم قبضها، فكان ما تلف منها من مال البائع، وإن كان قليلاً أقل من الثلث، كالتي على وجه الأرض، وما يتلف عادة لا يسمى جائحة، ولا يدخل في الخبر، إذ لا يمكن التحرز منه، فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط(٢).

يوضح ذلك ابن تيمية في ذكره لوجه قول الحنابلة في الرواية المشهورة، بأن (الفرق مرجعه إلى العادة، فماجرت العادة بسقوطه، أو أكل الطير أو غيره له فهو مشروط في العقد، والجائحة، مازاد على ذلك، وإذا زادت على العادة وضعت جميعها، وكذلك إذا زادت على الثلث، وقلنا بتقديره فإنها توضع جميعها)(٣).

٣ - أما المالكية في القول المشهور عنهم فلا يفرقون بين قليل الجائحة وكثيرها في البقول خاصة(٤)، وحجتهم في ذلك كحجة الحنابلة، وهي العموم في

---

(١) المغني ٤/٨٧، والمحلى ٨/٣٨٥ .

(٢) المغني ٤/٨٧ .

(٣) مجموع الفتاوي ٣٠/٢٧٩.

(٤) قال مالك في البقول : (أرى أن يوضع عن المشتري كل شيء أصابت الجائحة منها قل ذلك أو كثر ولا ينظر في ذلك إلى الثلث) ، المدونة ٤/١٨.

الأخبار[١]، وأن العادة سلامة الجميع كما يذكر ذلك القرافي[٢].

ويذكر ابن رشد الجد وجه قول المالكية، وأنه يفرق بين الثمار والبقول بأن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح عموماً فتناول ذلك الثمار والبقول، أما الثمار فخرجت من ذلك بما دل عليه من الدلائل، وبقيت البقول على الأصل في العموم.

ثم بين التعليل لذلك وهو أن (العادة في الثمار ذهاب بعضها للحاجة إلى تبقيتها على رؤوس النخل، فالمشتري على ذلك دخل، وليس كذلك في البقول؛ لأنه لا عادة في تلفها، ولا في تلف شيء منها، بل العادة سلامة جميعها، وإذا كان كذلك وجب أن يوضع قليلها وكثيرها)[٣].

القول الثاني : أن الجائحة لا توضع إلا إذا بلغت الثلث، وهو قول الإمام مالك في الثمار[٤] والرواية الثانية عن الإمام أحمد[٥]، وهو قول الشافعي في القديم كما ذكر ابن قدامة[٦].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١ - ما ذكره ابن رشد الحفيد عن المالكية أنهم يحتجون في مصيرهم إلى التقدير في وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقاً بأن القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير، إذ كان معلوماً أن القليل يذهب من كل

---

(١) المعونة ٢/١٠٢١ .

(٢) الذخيرة ٥/٢١٥ .

(٣) المقدمات والممهدات ٢/٥٤٢، وانظر الكافي ٢/٤٤، والاستذكار ١٩/١١٤، وبلغة السالك ٢/٨٨.

(٤) المدونة ٤/١٥ - ١٨ ، وبداية المجتهد ٢/٢٢٤، والمنتقى ٤/٢٣٥.

(٥) المغني ٤/٨٧، والمبدع ٤/١٧١، والإنصاف ٥/٧٤ .

(٦) المغني ٤/٨٧ .

ثمر، فكأن المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة وإن لم يدخل بالنطق تصريحاً، ثم إن الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي وجود فرق بين القليل والكثير، وإذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه.

ودليل ذلك أن الشرع قد اعتبر الثلث في مواضع كثيرة، وإن كان المالكية – كما يذكر ابن رشد الحفيد – قد اضطربوا كثيرا في هذا الأصل[١].

أما ابن رشد الجد فيذكر هذا الدليل بشيء من التفصيل، إذ أنه ذكر وجهين في ذلك :

أحدهما : الظاهر : وهو أمر النبي ﷺ بوضع الجوائح، والجائحة لا تطلق إلا على ما أتلف جميع المال أوجله، وأما ذهاب اليسير من المال فلا تطلق عليه الجائحة، يوضح ذلك أن من يملك ألف دينار مثلاً إذا ذهب من ماله الدينار والعشرة والعشرون لا يقال إن ماله اجتيح[٢]، وكذلك من سرق له – من جملة متاعه الكثير – شيء يسير، لا يقال إن اللصوص اجتاحوا ماله، وإذا صح ذلك، ثبت الفرق في هذا بين القليل والكثير، وثبوت ذلك يقتضي بينهما فاصلاً وهو ما ذكر آنفاً، لأن الثلث آخر من اليسير وأول حد الكثير.

ثم بين الدليل على اعتبار ذلك بآيات من القرآن، في قوله تعالى: «يأيها المزمل قم الليل إلا قليلاً نصفه أو انقص منه قليلا»[٣] أي من النصف «أو زد عليه»[٤] أي على النصف، ثم قال تعالى في نهاية السورة: «إن ربك يعلم أنك تقوم أدنى من ثلثي الليل ونصفه وثلثه»[٥] فأخبر الله تعالى عنه في هذه الآية بامتثال ما أمره به

(١) بداية المجتهد ٢/٢٢٤ – ٢٢٥ .

(٢) كقول الإمام أحمد : (إني لا أقول في عشرة ثمرات ولا عشرين ثمرة...) ، المغني ٤/٨٧.

(٣) سورة المزمل آية ١ – ٣ .

(٤) سورة المزمل آية ٤ .

(٥) سورة المزمل آية ٢٠ .

في أول السورة من القيام، فقوله تعالى: «أدنى من ثلثي الليل» هو قوله تعالى في أول السورة «أو زد عليه»، أي على النصف، وقوله «ونصفه» هو قوله تعالى في أول السورة «نصفه»، وقوله تعالى: «وثلثه» هو قوله تعالى في أول السورة «أو انقص منه قليلا» أي من النصف، فدل ذلك على أن الثلث من النصف قليل.

الثاني : المعنى : ويعلل لذلك بأن المشتري - لا محالة - دخل على ذهاب اليسير من الثمرة، وأنها لا تسلم كلها، وهذا معلوم بالعادة لا يكلم من يدفعه، لأن من يقول إن المشتري دخل على أن تسلم الثمرة من ذهاب رطبه وبسره ورطل أو رطلين، أو تسلم من أكل الطير اليسير، من قال ذلك فقد خرج عن العادة، وهذا إذا ثبت اقتضى أنه لا يرجع في اليسير، وأنه يرجع بالكثير، لأنه لم يدخل عليه، وإنما دخل على سلامة الجل[١].

هذا حاصل كلام ابن رشد الجد في تفصيله لدليل المالكية الذين يجعلون الثلث فاصلاً بين القليل والكثير فيجب الاعتداد به، فتوضع الجائحة فيما إذا بلغت الثلث فأكثر، ولا توضع فيما إذا لم تبلغ الثلث[٢].

٢ - ما فصله ابن قدامة في توضيحه للرواية الأخرى للحنابلة من أنه لابد أن يأكل الطير من الثمرة وتنثر الريح، ويسقط منها، فلم يكن بد من ضابط وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة، فلابد من تحديد الثلث واعتباره فاصلاً مناسبا، دليل ذلك أن الشرع قد اعتبر الثلث في مواضع كثيرة ذكرها الفقهاء وبينوها في كثير من أبواب الفقه، فمنها الوصية حيث يقول النبي ﷺ «الثلث والثلث كثير»[٣]

---

(١) المقدمات والممهدات ٢/٥٤٠ - ٥٤١ .

(٢) انظر للتفصيل القول الواضح ١٨١ ومابعدها، كفاية الطالب الرباني ٢/١٧٤، وبلغة السالك ٢/٨٨، والذخيرة ٥/٢١٣ - ٢١٥.

(٣) متفق عليه وقد تقدم تخريجه ص ١٩٢ .

وهـذا يدل عـلى أن الثلث آخر حـد الكثرة فلهذا قدر به، ومنـها النـذر كـما ذكـر الفقـهـاء مسـألة من نذر الصدقة بمعين من ماله أو بمقدر كألف هل يجـوز ثلثـه؟[١]، ومنها عطايا المريض، كمسألة الوقف في مرض الموت وتنزيلها منزلة الوصية في اعتباره من ثلث المال[٢]، ومنها تساوي جراح المرأة جراح الرجل إلى الـثـلـث[٣] استدلالاً بحديث «عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها»[٤].

وغيرها من المسائل الكثيرة التي اعتبر فيها الثلث كما قال الإمام أحمد: «إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة»[٥].

٣ - ذكر بعض المالكية أن مما يدل على أن الجائحة توضع إذا بلغت الثلث فصاعدا حديثين وأثرين: أما الحديثان:

فالأول : حديث ربيعة الرأي[٦] أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح إذا

---

(١) انظر جواهر الإكليل ٢٤٥/١ ، والمغني ٧٢/١٠، ومجموع الفتاوى ٢٧٩/٣٠.

(٢) انظر حاشية ابن عابدين ٥٢١/٢، وحاشية القليوبي ١٦٢/٣، والمغني ٣٦٥/٥.

(٣) انظر القوانين الفقهية ٣٨٠، والمغني ٣١٤/٨ .

(٤) أخرجه النسائي ٤٥/٨ في القسامة باب عقل المرأة رقم الحديث ٤٨٠٥، والدارقطني ٩١/٣ في الحدود رقم الحديث ٣٨. والحديث فيه ضعف لعلتين: الأولى: عنعنة ابن جريج وهو مدلس. الثانية: أن ابن جريج حجازي وقد روى عنه إسماعيل بن عياش وهو ضعيف في روايته عن الحجازيين. انظر نصب الراية ٣٦٤/٤، والتلخيص الحبير ٢٥/٤.

(٥) المغني ٨٧/٤ ، والمبدع ١٧١/٤ .

(٦) هو ربيعة بن فروخ التيمي بالولاء أبو عثمان، إمام حافظ فقيه مجتهد، كان بصيراً بالرأي والقياس فلذلك لقب بربيعة الرأي. توفي بالهاشمية من أرض الأنبار سنة ١٣٦هـ.
[تهذيب التهذيب ٢٥٨/٣، تذكرة الحفاظ ١٥٧/١] .

بلغت ثلث الثمرة فصاعدا[١].

والثاني : حديث مطرف عن ابن أبي طواله عن أبيه[٢] أن رسول الله ﷺ قال: إذا أصيب ثلث الثمر فقد وجب على البائع الوضيعة[٣].

وجه الدلالة من الحديثين : ظاهر في نص النبي ﷺ وحكمه بأن الجائحة إنما توضع إذا بلغت ثلث الثمرة فصاعداً، فدل ذلك على عدم وضعها إذا كانت دون الثلث[٤].

وأما الأثران :

فأولهما : ما روي عن طريق عبدالملك بن حبيب حدثنا ابن أبي أويس[٥] عن الحسين[٦] بن عبدالله بن ضميرة عن أبيه عن جده عن علي بن أبي طالب أنه كان

---

(١) أخرجه ابن حزم في المحلى ٣٨٦/٨ من رواية عبدالملك قال حدثني أصبغ بن الفرج عن السبيعي عن عبدالجبار بن عمر عن ربيعة الرأي، ثم ذكر أن الحديث ضعيف لأن عبدالملك مذكور بالكذب، والسبيعي مجهول، وعبدالجبار بن عمر ضعيف، والحديث مع ذلك مرسل، وانظر تقريب التهذيب لابن حجر ٣٣٢ و٣٦٢.

(٢) هو أبو طواله عبد الله بن عبد الرحمن الأنصاري البخاري. كان صدوقاً ثقة ، لا يعرف في المحدثين من يكنى أبا طواله سواه، كان قاضيا في عهد عمر بن عبدالعزيز بالمدينة. توفي سنة ١٣٤هـ.

[تهذيب التهذيب ٢٩٧/٥] .

(٣) أخرجه ابن حزم في المحلى ٣٨٦/٨ وذكر بأنه ضعيف لأنه مرسل، وعبد الملك مذكور بالكذب.

(٤) انظر القول الواضح ٩٦ – ٩٧، والذخيرة ٢١٤/٥، والفواكه الدواني ١٨٥/٢ .

(٥) هو اسماعيل بن عبد الله بن عبد الله بن أويس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي أبو عبدالله ابن أبي أويس المدني، صدوق أخطأ في أحاديث من حفظه. مات سنة ٢٢٦هـ.

[تقريب التهذيب ١٠٨، تهذيب التهذيب ٣١٠/١] .

(٦) هو الحسين بن عبد الله بن ضميرة ، قال عنه البخاري في التاريخ الكبير ٣٨٥/٣: منكر الحديث، وفي لسان الميزان ٢٨٩/٢: قال أبوحاتم: متروك الحديث كذاب، وقال ابن معين: ليس بثقة ولا مأمون، وانظر تعجيل المنفعة لابن حجر ٩٦.

يقضي بوضع الجائحة إذا بلغت ثلث الثمر فصاعدا[١].

وثانيهما : ما رواه الواقدي[٢] قال:وكان سهل بن أبي حثمة وعمر بن عبدالعزيز[٣] والقاسم[٤] وسالم[٥] وعلي بن الحسين[٦] وسليمان بن يسار[٧]

---

(١) أخرجه ابن حزم في المحلى ٣٨٦/٨، وعبدالرزاق في المصنف ٢٦٣/٨ وقال ابن حزم: (هذا كله باطل لأنه كله عن طريق عبدالملك بن حبيب، ثم الحسين بن عبدالله بن ضميرة مطرح متفق على أن لا يحتج بروايته، وأبوه مجهول).

(٢) هو محمد بن عمر بن واقد الأسلمي الواقدي المدني القاضي نزيل بغداد، من أقدم المؤرخين في الإسلام، وهو متروك مع سعة علمه. مات سنة ٢٠٧هـ.

[تقريب التهذيب ٤٩٨، تذكرة الحفاظ ٣٤٨/١].

(٣) هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن عبد الحكم بن أبي العاص الأموي أمير المؤمنين، عُد مع الخلفاء الراشدين، ولد ونشأ بالمدينة، ولي الخلافة سنة ٩٩هـ ومدتها سنتان ونصف. مات سنة ١٠١هـ.

[شذرات الذهب ١١٩/١، حلية الأولياء ٢٥٣/٥] .

(٤) هو القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق من فقهاء المدينة السبعة ولد فيها، وكان صالحاً ثقة من سادات التابعين، عمي في أواخر حياته، ومات بقديد بين المدينة ومكة حاجاً أو معتمراً سنة ١٠٧هـ.

[سير أعلام النبلاء ٥٣/٥ ، شذرات الذهب ١٣٥/١، الأعلام ١٨/٥] .

(٥) هو سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي : من الفقهاء السبعة، ومن علماء التابعين وساداتهم، توفي في المدينة سنة ١٠٦هـ.

[تهذيب التهذيب ٤٣٦/٣، حلية الأولياء ١٩٣/٢] .

(٦) هو علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الملقب بزين العابدين يقال له (علي الأصغر) للتمييز بينه وبين أخيه علي الأكبر، يضرب به المثل في الحلم والورع. ولد بالمدينة وتوفي بها سنة ٩٤هـ.

[البداية والنهاية ١٠٩/٩، سير أعلام النبلاء ٣٨٦/٤].

(٧) هو سليمان بن يسار أبو أيوب أحد الفقهاء السبعة بالمدينة، كان مولى لميمونة أم المؤمنين. ولد في خلافة عثمان وكان أبوه فارسياً، كان ثقة عالماً فقيها كثير الحديث. توفي سنة ١٠٧هـ.

[شذرات الذهب ١٣٤/١، البداية والنهاية ٢٥٤/٩] .

وعطاء بن أبي رباح[١] يرون الجائحة موضوعة عن المشتري إذا بلغت الثلث فصاعدا[٢].

ووجه الدلالة من الأثرين تصريح هؤلاء الأئمة بأن الجائحة توضع عن المشتري في حال بلوغها الثلث فصاعدا أما دونه فلا[٣].

المناقشة والترجيح :

بعد عرض أدلة القولين وتعليلات كل فريق يظهر لي أن الراجح في هذه المسألة هو القول الأول القائل بوضع الجائحة في القليل والكثير دون اعتبار الثلث، وإنما اخترت هذا القول لما يلي :

١ - أن الأحاديث الواردة في وضع الجوائح عامة مطلقة، لا يصح تخصيصها أو تقييدها إلا بدليل، ولا دليل هنا يخصص هذه الأحاديث، ومما هو معلوم في أصول الفقه أن الحديث يعمل بعمومه حتى يوجد ما يخصصه[٤].

فلا فرق إذاً بين قليل الجائحة وكثيرها إلا ما جرت العادة بتلف مثله - كما

---

(١) هو عطاء بن أسلم بن صفوان : تابعي من الفقهاء الأجلاء، مفتي أهل مكة ومحدثهم، كان عبداً أسود فصيحاً كثير العلم. توفي بمكة سنة ١١٤هـ.

[تذكرة الحفاظ ١/٩٨، حلية الأولياء ٣/٣١٠] .

(٢) ذكره ابن حزم في المحلى ٨/٣٨٦ .

(٣) وقد أخرج عبد الرزاق في المصنف ٨/٢٦٢ - ٢٦٣ قول معمر: كان أهل المدينة يستقيمون في الجائحة يقولون: ما كان دون الثلث فهو على المشتري إلى الثلث، فإذا كان فوق الثلث فهي جائحة. وأخرج أبو داود في سننه ٣/٧٤٧ عن يحيى بن سعيد قوله: لا جائحة فيما أصيب دون ثلث رأس المال، قال يحيى: وذلك في سنة المسلمين، وانظر تبيين المسالك ٣/٤٣٦ .

(٤) انظر القاعدة في المحصول للرازي ١/٣٩٤ والأحكام في أصول الأحكام للآمدي ٢/٢٥٥، والأحكام في أصول الأحكام لابن حزم ١/٤٣١، وروضة الناظر لابن قدامة ٢/١٥٧، ومذكرة أصول الفقه للشنقيطي ٢١٧.

ذكر ابن قدامة -[١] كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يلتفت إليه.

ولذلك قال الإمام أحمد : (إني لا أقول في عشر ثمرات ولا في عشرين ثمرة، ولا أدرى ما الثلث؟ ولكن إذا كانت جائحة تعرف الثلث أو الربع أو الخمس توضع)[٢]، فأمر النبي ﷺ بوضع الجوائح أمر عام يشمل القليل والكثير، وما كان دون الثلث داخل في هذا الوضع، إذ لم يحدد عليه الصلاة والسلام مقدار هذا الوضع، فتخصيصه بالثلث فما دونهقول بلا دليل فلا يعتبر.

ثم إن ما جرت العادة بتلف مثله لا يعد جائحة، لأن ما جرت العادة بسقوطه وتلفه يعتبر مشروطا في العقد، والقاعدة المقررة «أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»[٣].

فيعتبر العرف في مسألتنا حداً فاصلاً بين ما يتلف في العادة، وما يتلف بالجائحة، فما خرج تلفه عن العادة، وكان بأحد أسباب الجائحة المعتبرة اعتبر جائحة، وما سوى ذلك لا يعتبر جائحة.

٢ - أن الأحاديث التي استدل بها أصحاب القول الثاني أحاديث ضعيفة لا تصح نسبتها إلى النبي ﷺ كما ذكر ذلك ابن حزم[٤] وابن حجر[٥] بسبب بعض الرواة، فمنهم المتهم بالكذب، ومنهم المجهول، ومنهم الضعيف، فسقط الاستدلال بها لذلك، ويؤكد ذلك أبوداود بقوله: «لم يصح عن النبي ﷺ في الثلث شيء»[٦].

---

(١) المغني ٤/٨٧.

(٢) المصدر نفسه .

(٣) انظر القاعدة في الأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٩، ودرر الحكام ١/٥١، والأشباه والنظائر للسيوطي ٩٦.

(٤) المحلى ٨/٣٨٦ .

(٥) تقريب التهذيب ٣٣٢ و٣٦٢ .

(٦) سنن أبي داود ٣/٦٧١ كتاب البيوع والإجارات ١٧ باب بيع السنين.

وأما الآثار التي استدلوا بها فكذلك لا تصح كما بين ابن حزم[١]، وإن صحت فإنها لا تعدو أن تكون آراء لبعض الصحابة والتابعين في مسألة خلافية فلا تقوم الحجة بها.

٣ - أما استدلال أصحاب القول الثاني بأن الثلث معتبر شرعاً في كثير من المسائل الشرعية كالوصية وعطايا المريض وغيرها من المسائل فكذلك يعتبر في وضع الجائحة، فالرد على هذا الاستدلال من أربعة أوجه:

الوجه الأول : أن الأحاديث الثابتة عن النبي ﷺ في وضع الجائحة جاءت عامة ولم تحدد الثلث، ولم يصح عن النبي ﷺ شيء في ذلك كما قال أبو داود.

الوجه الثاني : أن وضع الجوائح من الأمور التي عمت بها البلوى، وما عمت به البلوى يجب أن يكون البيان فيه واضحاً شافياً وافياً لا تأخير فيه، إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة كما قال الأصوليون باتفاق[٢].

والنبي ﷺ إنما ذكر وضع الجائحة على سبيل العموم دون تفصيل بين الثلث وغيره، مع أنها من الأمور التي عمت بها البلوى وانتشرت بين الناس، ويحتاج ذلك إلى تشريع واضح لا لبس فيه، فلما لم يفصل النبي ﷺ في الثلث أو غيره، مع حاجة الناس إلى البيان، دل ذلك على أن الأمر عام ينبغي أن يؤخذ على عمومه وأن الجائحة توضع مهما كثرت أو قلت.

الوجه الثالث : أن قولهم بتحديد الثلث ينقضه قولهم بوضع الجائحة قليلة كانت أو كثيرة إذا كانت بسبب ذهاب الماء (العطش) كما مر سابقاً، أو كانت الجائحة من البقول على رواية في المذهب المالكي، فكذلك ينبغي أن يقال إذا كانت

---

(١) المحلى ٣٨٦/٨ .

(٢) انظر مسألة تأخير البيان عن وقت الحاجة في: أحكام الأحكام للآمدي ٣٢/٣، والمحصول للرازي ٤٧٧/١، وشرح المنهاج للأصفهاني ٤٤٨/١، وروضة الناظر ٥٧/٢، وإرشاد الفحول ١٥٢ .

في غير البقول أو كانت بغير العطش.

الوجه الرابع : دليل الإلزام والالتزام ، إذ أننا نلزم من يحدد وضع الجائحة بالثلث، ويقول بأنه أول حد الكثير بأن يلتزم هذا التحديد في باقي المسائل، والحقيقة أن القائلين بالثلث لم يلتزموا بهذا التحديد في كثير من المسائل، فجعلوا الثلث أحيانا قليلاً وأحياناً كثيراً، ومن هذه المسائل على سبيل المثال لا الحصر:

١ - قالوا : للمرأة ذات الزوج أن تحكم في الصدقة بالثلث من مالها فأقل بغير رضى زوجها، ولا يجوز لها ذلك فيما كان أكثر من الثلث إلا بإذن زوجها(١)، فجعلوا الثلث ههنا قليلاً كما هو دون الثلث، وجعلوه في الجائحة كثيراً بخلاف ما دونه.

٢ - قالوا : من باع سيفاً محلى بفضة، أو مصحفاً كذلك، يكون ما عليهما من الفضة ثلث قيمة الجميع فأقل، فهذا قليل، ويجوز بيعه بالفضة، وإن كان ما عليهما من الفضة أكثر من الثلث لم يجز أن يباعا بفضة أصلا(٢) ، فجعلوا الثلث ههنا قليلاً في حكم ما دونه.

٣ - قالوا : إن اشترط المحبس مما حبس الثلث فما زاد بطل الحبس، فإن اشترط أقل من الثلث جاز، وصح الحبس(٣)، فجعلوا الثلث ههنا كثيراً بخلاف ما دونه.

٤ - أباحوا أن يستثني المرء من ثمر شجره، ومن زرع أرضه إذا باعها مكيلة تبلغ الثلث فأقل، ومنعوا من استثناء مازاد على الثلث، فجعلوا الثلث ههنا قليلاً في حكم ما دونه(٤).

---

(١) النوازل الجديدة الكبرى لأبي عيسى الوزاني ٥١٤/٣، والذخيرة ٢١٧/٥ و٢٢٥/٦ .

(٢) الذخيرة ٢١٧/٥، والفواكه الدواني ١١٢/٢، وجواهر الإكليل ١٥/٢، والتاج والإكليل ٣٣٢/٤.

(٣) الذخيرة ٣٢٣/٦، والمقدمات والممهدات ٤١٨/٢، والمعونة ١٦٠١/٣، والمدونة ٣٤٤/٤.

(٤) المعونة ١٠١٤/٢، وبداية المجتهد ١٩٥/٢، وجواهر الإكليل ٧/٢ .

٥ - ثم منعوا من باع شاة واستثنى من لحمها لنفسه أرطالاً أن يستثني منها مقدار ثلثها فصاعداً، وأباحوا له أن يستثني منها أرطالاً أقل من الثلث[١]، فجعلوا الثلث ههنا كثيراً بخلاف ما دونه.

٦ - أباحوا لمن اكترى داراً فيها شجر، فيها ثمر لم يبد صلاحه، أن يدخل الثمر في كراء الدار إن كان الثلث بالقيمة منه، من كراء الدار، ومنعوا من ذلك إذا كان الثلث فأكثر[٢] فجعلوا الثلث ههنا قليلاً في حكم ما دونه.

٧ - جعلوا العشر قليلاً ، وما زاد عليه كثيراً فقالوا فيمن أمر آخر بأن يشتري له خادمة بثلاثين دينار، فاشتراها له بثلاثة وثلاثين ديناراً: أنها تلزم الآمر لأن هذا قليل، فإن اشتراها له بأكثر لم يلزم الآمر لأنه كثير[٣].

فهذه بعض الأمثلة تدل على عدم التزام القائلين بالثلث وجعله حداً للكثرة بقولهم هذا وجعله أمراً مطرداً في بقية المسائل، بل تدل الأمثلة السابقة أنهم لم يجعلوا الثلث في حد الكثرة إلا في بعض المسائل، وكثير من المسائل جعلوه في حد القلة، فبذلك ضعف استدلالهم بهذا الدليل، وسلم دليل القائلين بعدم التفرقة بين الثلث وغيره من التناقض والتعارض، وصح أن يكون راجحاً .. والله أعلم.

---

(١) الذخيرة ٢١٧/٥، وجواهر الإكليل ٧/٢، ومواهب الجليل ٢٨١/٤ .

(٢) النوازل الصغرى لأبي عيسى الوزاني ٤٠١/٣، والذخيرة ٤٩٢/٥ .

(٣) انظر المحلى ٣٨٧/٨ - ٣٨٨، والمقدمات والممهدات ٥٤١/٢ .

المطلب الثالث : المراد بالثلث عند من يقول به :

ذكرنا في المطلب السابق أن من الفقهاء من اشترط بلوغ الجائحة ثلث الثمرة فما فوق، وهذا على وجه الجملة وإلا فإنهم قد اختلفوا في هذا الثلث هل المراد به ثلث كيل الثمرة، أو المراد ثلث قيمتها.

وقبل أن نذكر الخلاف في هذه المسألة لابد أن نبين مواطن الاتفاق، ثم المسألة المختلف عليها، وذلك في المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى : مواطن الاتفاق :

اتفق الفقهاء القائلون باشتراط تلف الثلث لوضع الجائحة على أن النوع الواحد من الثمر إذا كان من شأنه أن ييبس ويدخر، ويحبس أوله على آخره حتى يجد جميعه، أن المعتبر في جائحته ثلث المكيلة لا ثلث القيمة[١].

ففي المنتقى : (إن كان نوعاً واحداً فإنه على ضربين : أحدهما: أن يحبس أوله على آخره كالثمر والعنب، فهذا لا خلاف في المذهب أن الاعتبار في جائحته بثلث الثمرة)[٢].

وينقل الحطاب عن الرجراجي[٣] إجماع المالكية على هذا بقوله: (الثمار المحتبس أوله على آخره كالنخل والعنب، والزيتون والجوز، وما يجرى مجراها، فهذا يراعى في جائحتها الثلث بثلث الثمرة ونصفها إجماعا من أهل المذهب عند اتحاد الجنسية والنوعية)[٤].

---

(١) القول الواضح ١٨٥ .

(٢) المنتقى ٤/٢٣٦ .

(٣) هو أبو حفص عمر الرجراجي ، مالكي زار أفريقية، وأنكر على أهل تونس مسائل كتب بها إلى البرزلي وأجابه عنها في توازنه، استقر بحامة قابس وبها توفي؛

[شجرة النور الزكية ١/٢٥٠] .

(٤) القول الواضح ١٨٥ .

ويذكر الدسوقي الاتفاق على ذلك بقوله: (وأما لو كان المبيع نوعاً يحبس أوله على آخره كالثمر والعنب، فهذا لا اختلاف في اعتبار ثلث مكيلته)[١]. ونقل الاتفاق على ذلك التسولي[٢] والصاوي[٣] والحطاب[٤].

المسألة الثانية : تحرير محل النزاع :

بعد أن ذكرنا اتفاق القائلين باشتراط تلف الثلث لوضع الجائحة، على أن المراد ثلث الثمرة المكيلة، إذا كانت نوعاً واحداً مما ييبس ويدخر ويحبس أوله على آخره، نذكر موطن الخلاف فيما بينهم.

يوضح ذلك الحطاب حيث يبين أن البيع الذي توضع فيه الجائحة ثلاثة أنواع:

الأول : أن يكون المقصود منه ثمرته دون أصله كالثمر والعنب والتين، وما يجري مجراها من الجوز واللوز والتفاح . وهذا النوع ينقسم إلى قسمين:

قسم اتفق فيه أهل المذهب على أن المعتبر في جائحته الثلث فأكثر، ولا التفات إلى القيمة، وأنه يوضع عن المشتري ما أجيح من الثمن، وهو أن يكون ما يباع من الثمار مما شأنه أن ييبس ويدخر ويحبس أوله على آخره حتى يجد جميعه.

---

(١) حاشية الدسوقي ٣/١٨٣ .

(٢) البهجة ٢/٣٥ .

(٣) بلغة السالك ٢/٨٨ .

(٤) القول الواضح ١٨٣، وانظر الذخيرة ٥/٢١٧ – ٢١٨، ومواهب الجليل ٤/٥٠٥، والاستذكار ١٩/١١٣.

وقسم اتفق فيه أهل المذهب أيضا على أن المعتبر في جائحته الثلث فأكثر على سبيل الإجمال، أي من غير تعيين المكيلة أو القيمة، إلا أنهم اختلفوا في الثلث المعتبر، هل هو ثلث المكيلة أو ثلث القيمة على قولين[١]. ويشمل هذا القسم ما كان نوعاً واحداً لا ييبس فلا يحبس أوله على آخره، أو كان أنواعاً مختلفة فأجيح أحدها بما يبلغ ثلث الجميع[٢].

الثاني : أن يكون المقصود منه عينه كسائر أنواع البقول، والأصول المغيبة، فالبقول مثل الخضر والهندباء[٣] ونحو ذلك، والأصول المغيبة كاللفت[٤] والفجل والجزر ونحو ذلك[٥]. وهذا النوع اختلف فيه أهل المذهب على أربعة أقوال[٦].

الثالث : ما يجري مجرى النوع الأول في أن المقصود منه ثمرته، ويجري مجرى النوع الثاني في أن أصله مبيع مع ثمرته، وهو يطعم بطوناً كالقثاء والبطيخ والقرع والباذنجان والفول ونحوها[٧].

وهذا النوع اختلف فيه أهل المذهب على قولين[٨] .

والذي يعنينا في مسألتنا هذه هو القسم الثاني من النوع الأول وهو ما اتُفق

---

(١) القول الواضح ١٨١ - ١٨٣ .

(٢) القول الواضح ١٨٩ .

(٣) الهندباء : بقل زراعي حولي من الفصيلة المركبة يطبخ ورقة أو يجعل سلطة.
[المعجم الوسيط ٩٩٧] .

(٤) اللفت : بقل زراعي جذري من الفصيلة الصليبية، ضروبه البستانية كثيرة.
[المعجم الوسيط ٨٣١] .

(٥) القول الواضح ١٨١ .

(٦) القول الواضح ٢٠٢ .

(٧) القول الواضح ١٨٢ .

(٨) القول الواضح ٢١٠ .

على أن المعتبر في جائحته الثلث إجمالاً من غير نظر إلى مكيلة أو قيمة، لكن الاختلاف في هذا الثلث هل هو ثلث المكيلة أو ثلث القيمة.

وهذا الخلاف واقع فيما إذا كانت الثمرة المجاحة نوعاً واحداً مما لا ييبس ولا يحبس أوله على آخره، أو كانت عدة أنواع مختلفة فأجيح أحد هذه الأنواع بما يبلغ ثلث الجميع، وهذا هو محل الخلاف في هذه المسألة(١).

للفقهاء في ذلك قولان :

القــول الأول : أن المراد بالثلث في هذه المسألة هو ثلث المكيلة لا ثلث القيمة. وهو قول المالكية في المشهور عندهم(٢) ومذهب الحنابلة ممن اعتبر الثلث(٣).

ومعنى هذا أنه لو أجيح من الحائط المشترى أو الحوائط ثلث كيله ذلك، وضعت الجائحة عن المشتري، وإلا فلا، حتى لو كانت قيمة ذلك أقل من ثلث قيمة الجميع(٤).

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

قالوا : إنما اعتبر الثلث ليميز به بين أمرين : النقص الذي يكون جائحة، من النقص المعتاد الذي لا يكون جائحة، ولا يمكن التمييز بينهما إلا باعتبار ثلث الثمرة المكيلة(٥).

---

(١) المنتقى ٤/٢٣٦، وبلغة السالك ٢/٨٨، والكافي ٢/٤٣ - ٤٤،

(٢) المنتقى ٤/٢٣٦. قال الحطاب : (وهو قول ابن القاسم في المدونة، وقول مطرف وابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبغ، وهذا القول شهره سيدي خليل في مختصره من حيثية الاعتبار، بثلث المكيلة). القول الواضح ١٩١، وانظر حاشية الدسوقي ٣/١٨٣، وبلغة السالك ٢/٨٨.

(٣) الإنصاف ٥/٧٥، والمبدع ٤/١٧١، ومجموع الفتاوي ٣٠/٢٧٩ .

(٤) القول الواضح ١٨٩، والفواكه الدواني ٢/١٧٥، والتفريع ٢/١٥١ - ١٥٢ .

(٥) المنتقى ٤/٢٣٦ .

وفي المعونة : (وإنما راعينا تلف الثلث من المكيلة - خلافا لأشهب - في مراعاة تلف ثلث القيمة، لأن كل مصيبة في مبيع وجب بها الرجوع على البائع في الثمن، فالاعتبار بقدرها من المبيع، أصله تلف المبيع المشاع قبل القبض)(١).

ويذكر القرافي أن المشهور في المذهب في هذه المسألة مراعاة ظاهر حديث سعد بن أبي قاص الذي قال له النبي ﷺ «الثلث والثلث كثير»(٢)، فإن هبة الثلث وبيع الثلث إنما يتناول العين دون القيمة إجماعاً، وكذلك الجائحة(٣).

وبهذا يتبين أن المراد بالثلث المعتبر هو ثلث الثمرة المكيلة لا قيمتها، لأن الجائحة في الثمرة إنما هي نقصانها وفسادها لا رخصها، يوضح ذلك أن الثمرة لو لم تصبها آفة سوى رخصها فإنه لا قيام للمشتري بذلك، فلا ينظر إلى ثلث القيمة(٤).

القول الثاني : أن المراد بالثلث المعتبر هو ثلث قيمة الثمرة المجاحة لا ثلث مكيلتها، وهو قول عند المالكية(٥)، وقول عند الحنابلة ممن قال بالثلث(٦).

ومعنى هذا أنه إذا أجيح من الحائط أو الحوائط ثلث قيمة ذلك، وضعت الجائحة عن المشتري وإلا فلا، حتى لو كان ما أجيح مكيلة أقل من ثلث مكيلة

---

(١) المعونة ١٠٢٠/٢ .

(٢) تقدم تخريجه ص ١٩٢ .

(٣) الذخيرة ٢١٧/٥ - ٢١٨ .

(٤) كفاية الطالب الرباني ١٧٥/٢ ، والتاج والإكليل ٥٠٥/٤ .

(٥) المنتقى ٢٣٦/٤، وبداية المجتهد ٢٢٤/٢، والقول الواضح ١٩٢ وفيه أن هذا هو قول أشهب .

(٦) المغني ٨٧/٤، والإنصاف ٧٥/٥، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ٥٢٥/٣.

الجميع[١].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

قالوا : إن المقصود هو القيمة، وبسببها يزيد الثمن وينقص، وقد يكون اليسير من الثمر له معظم الثمن، فإذا أصيب هذا اليسير - وكان ثميناً - ولم توضع جائحته تضرر المشتري بذلك، وإذا أصيب الكثير - وكانت قيمته قليلة - ولم توضع جائحته، لم يلحق المشتري ضرر كثير، مما يدل على أن الاعتداد بثلث القيمة هو المقصود لا الاعتداد بثلث المكيلة[٢].

ويعلل القرافي لقول أشهب في الاعتداد بثلث القيمة لا المكيلة، بأن القيمة هي المالية التي تتعلق بها الأغراض[٣].

أما القاضي عبد الوهاب[٤] فيعلل لقول أشهب بأن الجائحة توضع لئلا يستبد البائع بالثمن من غير عوض يحصل للمشتري، فإذا أصيب ما قيمته أكثر من ثلث الثمن، فذلك أخذٌ لمال المشتري بغير عوض[٥].

المناقشة والترجيح :

بعد أن ذكرنا قولي الفقهاء في المراد بالثلث عند من يقول باعتباره، يترجح

---

(١) القول الواضح ١٨٩ - ١٩٠، والفواكه الدواني ٢/١٧٥، وبداية المجتهد ٢/٢٢٤.

(٢) المنتقى ٤/٢٣٦ .

(٣) الذخيرة ٥/٢١٧ .

(٤) هو أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، كان عابداً زاهداً متأدبا ثقة كثير الحفظ، أحد أركان المذهب المالكي ومن الذين أسسوا المذهب وأصلوا له. توفي سنة ٤٢٢هـ. من مؤلفاته: «شرح رسالة ابن أبي زيد»، و«المعونة على مذهب عالم المدينة».

[سير أعلام النبلاء ١٧/٤٢٩، وترتيب المدارك ٧/٢٢٠ - ٢٢٧، والديباج المذهب ١٥٩].

(٥) المعونة ٢/١٠٢١ .

لي القول الأول بأن المراد بالثلث هو ثلث المكيلة لا ثلث القيمة[١] وذلك لما يلي :

١ - أن ذلك هو ظاهر حديث النبي ﷺ وهو قوله : «الثلث والثلث كثير»[٢] إذ أن الإجماع منعقد على أن بيع الثلث وهبته إنما يتناول العين دون القيمة، فيلحق بهذا الحكم الجائحة ، لأن القائلين بوضع الجائحة فيماكان في الثلث فما فوق إنما كان اعتمادهم على هذا الحديث، وهو كما ترى منصب على العين لا القيمة، فيجب أن يقال ذلك في الجائحة أيضاً.

٢ - أن الأصل في الجوائح هو تلف الثمرة بها أو نقصانها، فإذا تلفت الثمرة أو نقصت بسبب الآفة السماوية ونحوها وضعت الجائحة دون النظر إلى رخص الثمرة أو غلائها، وبهذا يتضح أن المعتبر هو ثلث الثمرة نفسها لا قيمتها، بدليل أن الثمرة لو رخصت وقلت قيمتها فلا سبيل للمشتري بها ولا توضع جائحتها.

٣ - أما استدلال أصحاب القول الثاني بأن القيمة هي المالية التي تتعلق بها الأغراض، وأنه بسبب القيمة يزيد الثمن وينقص فالجواب عليه من وجهين:

الوجه الأول :

أن هذا التعليل تعليل عام تخصصه أحاديث وضع الجائحة، التي تنص صراحة على أن الوضع إنما يكون على الثمرة نفسها دون النظر إلى قيمتها، حيث أمر بوضع الجوائح، وذلك يكون حين تلف الثمار نفسها بالجائحة.

---

(١) ثمرة الخلاف كما ذكر الباجي تتضح بما يلي : إذا قلنا بالقول الأول، ننظر إلى ثلث الثمرة فإن بلغته الجائحة وضعت عن المشتري، حتى ولو لم تبلغ إلا عشر القيمة، وإن قصرت عن ثلث الثمرة لم يوضع عنه شيء، حتى ولو بلغت تسعة أعشار القيمة. وإن قلنا بالقول الثاني، ننظر إلى ثلث القيمة، فإن بلغته الجائحة وضعت عن المشتري، حتى ولو لم تبلغ إلا عشر الثمرة، وإن لم تبلغ ثلث القيمة لم توضع حتى ولو بلغت تسعة أعشار الثمرة. المنتقى ٤/٢٣٦، والقول الواضح ١٩٢ - ١٩٣.

(٢) تقديم تخريجه ص ١٩٢ .

الوجه الثاني :

أننا نلزمهم بقولنا لأنهم يستدلون كما نستدل على الاعتبار بالثلث بأحاديث وآثار نصت على أنه إذا أصيب ثلث الثمر فقد وجب وضع الجائحة، كما سبق في حديث «إذا أصيب ثلث الثمر فقد وجب على البائع الوضيعة»(١).

وحديث ربيعة الرأي أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح إذا بلغت ثلث الثمرة فصاعداً(٢).

وأثر علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه كان يقضي بوضع الجائحة إذا بلغت ثلث الثمر فصاعداً(٣). فهذه أحاديث وآثار نصت على الاعتبار بثلث الثمرة لا قيمتها فوجب العمل بها. والله أعلم .

---

(١) تقدم تخريجه ص ٢٠١ .

(٢) تقدم تخريجه ص ٢٠١ .

(٣) تقدم تخريجه ص ٢٠٢ .

الفصل الرابع

الأموال والتصرفات التي تؤثر فيها الجوائح

ذكرنا فيما سبق تعريف الجائحة وأسبابها، وأنواع الجوائح، والشروط المعتبرة في وضعها، ونبين في هذا الفصل أن الجوائح تجري في الأموال والتصرفات كافة، سواء كانت معاوضات أم غير معاوضات ، والغرض من هذا الفصل ليس التفصيل، إنما بيان جريان الجوائح في كافة الأموال عوضية كانت أو غير عوضية.

وبيان ذلك في المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : الجوائح في الأموال العوضية

المبحث الثاني : الجوائح في الأموال غير العوضية

تمهيد :

قبل أن أشرع في ذكر الأموال والتصرفات التي تؤثر فيها الجوائح يحسن في هذا المقام أن نذكر ملخصا موجزاً عن حقيقة القبض وأقسامه ومفهومه عند فقهاء المذاهب، لما له من صلة وثيقة بموضوع هذا الفصل، إذ حصل خلاف ونقاش بين الفقهاء في ماهية القبض وبم يتحقق، ويترتب على هذا الخلاف مسائل كثيرة.

وسنذكر بإيجاز تعريف القبض وكيفية القبض بنوعيه، أعني قبض العقار وقبض المنقول، والقبض الحقيقي والقبض الحكمي.

تعريف القبض :

يدور معنى القبض في اللغة حول الجمع والضم والأخذ، يقال قبض المال أي أخذه، وقبض اليد على الشيء أي جمعها بعد تناوله[١].

أما في الاصلاح فقد عرفه الفقهاء بتعريفات عدة منها تعريف الكاساني قال: « معنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفا وعادة حقيقة»[٢].

ومنها تعريف ابن عرفه حيث عرف الحوز الذي يأتي بمعنى القبض بأنه :

(رفع خاصية تصرف المالك فيه عنه بصرف التمكن منه للمعطي أو نائبه)[٣].

وقيل : هو وضع اليد الممكن من التصرف بالمقبوض[٤].

---

(١) انظر معجم مقاييس اللغة (٥/٥٠) ولسان العرب (٧/٢١٤) والقاموس المحيط (٢/٥٠٢) مادة «قبض».

(٢) بدائع الصنائع (٥/١٤٨).

(٣) شرح حدود ابن عرفه (٢/٥٤٤).

(٤) معجم لغة الفقهاء (٣٥٦) ، وانظر مواهب الجليل (٤/٤٧٨).

والقبوض كما يقول الخطابي تختلف في الأشياء حسب اختلافها في أنفسها، وحسب اختلاف عادات الناس فيها، فمنها ما يكون بأن يوضع المبيع في يد صاحبه.

ومنها ما يكون بالتخلية بينه وبين المشتري، ومنها ما يكون بالنقل من موضعه، ومنها ما يكون بأن يكتال وذلك فيما بيع من المكيل كيلا[(١)].

مما سبق يتضح لنا عند التأمل نوعي القبض، وهو ما قسمه الفقهاء، حيث قسموا القبض إلى نوعين: قبض حقيقي، وقبض حكمي.

فالقبض الحقيقي ، هو المتبادر إلى الذهن، وهو في الجملة يختلف باختلاف الأشياء، ويمكننا حصره في نوعين : قبض المنقول[(٢)]، وقبض غير المنقول[(٣)].

أما قبض المنقول فتختلف كيفيته بحسب طبيعة الأشياء، وأحوال الناس، واختلاف البيئات، وتنوع المعاملات.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن قبض المنقول يكون بالنقل والتحويل، وهذا في الجملة، ولهم في ذلك تفصيلات وتفريعات.

فما يمكن تناوله في العادة كالثياب والنقود والحلي فقبضه يكون بتناوله باليد، وما يعتبر فيه تقدير كالمكيل والموزون والمذروع والمعدود فقبضه يكون باستيفائه بما يقدر فيه من كيل أو وزن أو ذرع أو عد.

---

(١) معالم السنن (٣/٧٦١).

(٢) المنقول هو الشئ الذي يمكن نقله من محل إلى آخر ويشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات،وهذا عند الجمهور، أما المالكية فيشترطون بقاءه على صورته وهيئته الأولى كالملابس والكتب. انظر مجلة الأحكام العدلية مادة (١٢٨) ومغني المحتاج (٢/٢٩٦) والمغني (٤/٩٠).

(٣) غير المنقول : هو ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدور والأراضي مما يسمى بالعقار، مجلة الأحكام العدلية، مادة (١٢٩).

وما لا يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذرع أو عد لعدم إمكانه أو لإمكانه مع عدم المراعاة فيه فقبضه يكون بنقله وتحويله، ويرى المالكية أن قبضه يرجع إلى العرف في هذه الحالة[١].

والجمهور يستدلون على قولهم هذا بأدلة منها حديث ابن عمر رضي الله عنها قال: كنا نتلقى الركبان فنشتري منهم الطعام جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه[٢]. وهذا في الطعام وقيس عليه غيره.

ومنها حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إذا بعت فكل، وإذا ابتعت فكل»[٣]، فلا يحصل القبض إلا بالكيل، وقيس عليه الباقي.

ويلخص ابن قدامه قول الجمهور بقوله : (وقبض كل شيء بجنسه، فإن كان مكيلا أو موزونا بيع كيلا أو وزنا، فقبضه بكيله ووزنه... وإن بيع جزافا فقبضه نقله.. وإن كان المبيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد، وإن كان ثيابا فقبضها نقلها، وإن كان حيوانا فقبضه تمشيته من مكانه)[٤].

أما الحنفية فيرون أن قبض المنقول يكون بالتناول باليد، ويكون بالتخلية أيضا على وجه التمكين[٥]، وهي رواية أيضا عن الحنابلة[٦].

---

(١) انظر شرح الخرشي (١٥٨/٥) والمجموع (٢٧٦/٩) والمغني (٩٠/٤).

(٢) أخرجه مسلم (١١٦١/٣) في كتاب البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض رقم الحديث (١٥٢٧).

(٣) أخرجه البخاري تعليقا (٩٦/٢) في كتاب البيوع باب الكيل على البائع والمعطي. ووصله ابن ماجه (٧٥٠/٢) في كتاب التجارات باب بيع المجازفة رقم الحديث (٢٢٣٠).

(٤) المغني (٩٠/٤).

(٥) درر الحكام (٢٥٨/١) وحاشية ابن عابدين (٤٣/٤).

(٦) المغني (٩٠/٤).

ودليلهم في ذلك كما يقول الكاساني هو أن التسليم في اللغة عبارة عن جعل الشيء سالما خالصا لا يشركه فيه أحد، فتسليم المبيع إلى المشتري هو جعل المبيع سالما للمشتري أي خالصا له بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، فكانت التخلية تسليما من البائع، والتخلي قبضا من المشتري(١).

ويلاحظ في كيفية القبض عند الفقهاء أن المرجع في ذلك هو العرف، كما صرح بذلك بعضهم(٢)، وهو ظاهر في كثير من الأحكام الشرعية، ولذلك ذكر بعض الفقهاء أن كل ما ورد في الشرع مطلقا ولم يرد ما يقيده شرعا أو لغة فإنه يرجع في تحديده إلى العرف، قال ابن تيمية:(الأسماء تعرف حدودها تارة بالشرع كالصلاة والزكاة، والحج، وتارة باللغة كالشمس والقمر والبر والبحر، وتارة بالعرف كالقبض والتفرق، وكذلك العقود كالبيع والاجارة والنكاح والهبة وغير ذلك)(٣).

هذا ما يتعلق بقبض المنقول ، أما غير المنقول كالعقار(٤) ، فقد اجتمعت كلمة الفقهاء في الجملة على أن قبضه يكون بالتخلية والتمكين من اليد والتصرف وهو ما يسمى بالقبض الحكمي، فإن لم يتمكن منه فلا تعتبر التخلية قبضا.

إلا أن الشافعية أضافوا قيدا وهو عدم التقدير في العقار، فإن بيع تقديرا كثوب وأرض ذرعا، وحنطة أو وزنا فلا تكفي التخلية بل لابد مع النقل ذرعه أو كيله أو وزنه(٥).

---

(١) بدائع الصنائع (٥/٢٤٤).

(٢) قال النووي في المجموع (٩/٢٧٥) : (الرجوع في القبض إلى العرف). وقال ابن قدامة في المغني (٤/٩٠) : (ولأن القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه إلى العرف).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/٤٤٨).

(٤) ومثله الدور والأراضي والثمر على الشجر، إلا أن الحنفية فصلوا في الشجر فما كان تابعا للأرض يعتبر غير منقول، وما لم يكن تابعا للأرض فهو منقول. انظر درر الحكام (١/١١٧).

(٥) مغني المحتاج (٢/٧٣) وروضة الطالبين (٣/١٧٥ - ١٧٦).

كما اشترط الحنفية في ظاهر الرواية كون العقار قريبا، ويقصد بالقرب كما يقول ابن عابدين بأن تكون الدار في البلد[1]، وأن تكون بحال يقدر على إغلاقها[2].

ومن الأمور المهمة المتعلقة بالقبض ما يتعلق بآثار القبض، وهو انتقال ضمان المقبوض إلى القابض، ويقصد به تحمله لتبعة الهلاك أو التعيب أو النقصان الذي يطرأ على المقبوض في العقد.

وقد اختلف الفقهاء فيمن يكون عليه ضمان المبيع قبل القبض وبعده، وهل يكون في ضمان البائع قبل أن يقبضه المشتري ، بحيث لا ينتقل ضمانه إلى المشتري إلا بالقبض، أو أنه يدخل في ضمانه بمجرد العقد سواء قبضه أم لم يقبضه؟

يرى جمهور الفقهاء أن المبيع في ضمان البائع ما لم يقبضه المشتري، فإذا قبضه المشتري صار في ضمانه، وتعليل ذلك أن موجب العقد هو انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وهذا يقتضي إلزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري وفقا لمقتضى العقد، فالملك لا يثبت لعينه، وإنما يثبت وسيلة إلى الانتفاع بالمملوك، ولا يكون هذا الانتفاع إلا عن طريق التسليم ، ولذلك كان إيجاب الملك في المبيع للمشتري إيجابا لتسليمه له ضرورة.

هذا في الجملة ، فإن الحنفية يقولون بأن الضمان يتعلق بقبض المبيع ويستثنون من ذلك العقار، فأجازوا بيع المشتري العقار قبل القبض فإذا اشترى المشتري العقار انتقل الضمان إليه حتى ولو لم يقبضه.

وحجتهم في ذلك أن ما عدا العقار معرض لانفساخ العقد بهلاك المعقود عليه

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/٤٣).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/١٧).

فيحدث الغرر بذلك، وهو منتف في العقار، حتى لا يتوهم فيه الهلاك فلا يتقرر الغرر، فيبقى بيعه على حكم الأصل وهو عدم اشتراط القبض في دخوله في ضمان المشتري، لأن الأصل في ركن البيع إذا صدر من الأهل في المحل هو الصحة والامتناع لعارض الغرر، وهو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه ولا يتوهم هلاك العقار[(١)].

أما الحنابلة فإنهم يفرقون بين المكيلات والموزونات ونحوها وبين غيرها، فالمكيل والموزون والمعدود لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه، أما ما عدا المكيل والموزون والمعدود فإنه يدخل في ضمان المشتري قبل قبضه.

واستدلوا لقولهم هذا بأدلة منها حديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه[(٢)]، وهو دليل على مخالفة غيره له في الحكم[(٣)].

هذا هو رأي الجمهور، أما المالكية فيرون أن الضمان ينتقل إلى المشتري بنفس العقد في كل بيع، واستثنوا من ذلك خمسة مواضع كما ذكرها ابن جزي:

الأول : بيع الغائب على الصفة.

الثاني : ما بيع على الخيار .

الثالث : ما بيع من الثمار قبل كمال طيبها.

الرابع : ما فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد بخلاف الجزاف، فإن هلك المكيل (واستواء الميزان)[(٤)] وقبل التفريغ في وعاء المشتري فاختلف هل يضمنه

---

(١) بدائع الصنائع (١٨١/٥).

(٢) أخرجه البخاري (٩٨/٢) في كتاب البيوع باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة . رقم الحديث (٢١٣٣)، ومسلم (١١٦٠/٣) في كتاب البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض رقم الحديث (١٥٢٥).

(٣) المغني (٩٠/٤).

(٤) هكذا في الكتاب .

المشتري أو البائع؟

الخامس: البيع الفاسد بالضمان فيه من البائع حتى يقبضه المشتري[١].

ما سبق هو عرض موجز عن القبض وما يتعلق به من آثار وأقوال الفقهاء فيه، وللفقهاء في ذلك تفصيلات وتفريعات لا يتسع المجال لذكرها وسيأتي كثير منها في الفصول والمباحث الآتية.

(١) قوانين الأحكام الشرعية (٢٧٣).

المبحث الأول : الجوائح في الأموال العوضية(١)

الجائحة تقع في مال المعاوضات، وقد يكون ذلك قبل قبض المبيع أو بعده، وقد يكون بعد العقد وقبل القبض أو في مدة الخيار، وتوضيح هذه المسائل في بيان الحالات الآتية :

الأولى : أن تقع الجائحة بعد العقد وقبل قبض المبيع.

الثانية : أن تقع الجائحة بعد تمام القبض.

الثالثة : أن تقع الجائحة بعد التخلية في مدة يحتاج العوض إلى بقائها قبل قبضه.

الرابعة : أن تقع الجائحة في مدة الخيار، وفي هذه الحالة إما أن تقع الجائحة في مدة الخيار قبل القبض، وإما أن تقع بعد القبض.

ولنشرع في بيان المقصود في المطالب الآتية :

---

(١) تنقسم العقود إلى أقسام منها :

١ - المعاوضات : وهي التي فيها معاوضة ومبادلة بين العاقدين، كالبيع والإجارة والمضاربة ونحوها.

٢ - التبرعات : وهي التي تقوم على أساس المعونة من أحد الطرفين بلا مقابل، كالهبة والإعارة والوصية ونحوها.

٣ - التوثيقات والتأمينات: ويقصد بها ضمان الديون لاصحابها وتأمين الدائن على دينه قبل المدين، كالكفالة والحوالة والرهن. وهناك تقسيمات أخرى. انظر المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ٥٦٦ - ٥٦٩.

المطلب الأول : وقوع الجائحة بعد العقد وقبل قبض المبيع.

قد يتم العقد بين البائع والمشتري، وقبل أن يقبض المشتري المبيع وقعت الجائحة في العوض فأتلفته، وكان العوض مما يحتاج إلى القبض كالطعام المكيل أو الموزون ونحوه، فإذا تلف العوض(١) فإن البائع يتحمل ذلك، فينفسخ العقد ويسقط حقه في الثمن لأنه في ضمانه، ولم يدخل في ضمان المشتري، إذ لا يدخل في ضمانه إلا بقبضه.

وهذا لا خلاف فيه بين من يرى وجوب القبض، أنه من مال المشتري، لأنه لم يقبضه فلم يدخل في ضمانه.

وهذا الحكم يكون في البيوع وغيرها ، كالإجارات المعينة عند تمام العقد، وقبل قبض المستأجر للعين المؤجرة حتى تلفت بالجائحة، فالعقد منفسخ أيضا.

وقد تكلم الفقهاء عن هذه الحالة بشيء من التفصيل، قال الكاساني : (فإن هلك كله - أي المبيع - قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع) ثم ذكر التعليل لذلك بأنه (لو بقي أوجب مطالبة المشتري بالثمن، وإذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع، وأنه عاجز عن التسليم، فتمنع المطالبة أصلا، فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ، وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري، لأن انفساخ البيع ارتفاعه من الأصل، كأن لم يكن)(٢).

---

(١) هذا في الجملة بالنسبة إلى هلاك المبيع وإلا فانه يفرق في الحكم فيه تبعاً لأحوال هلاكه: هلاك كله، وهلاك بعضه، وهلاك نمائه، وهلاكه في البيع الصحيح والفاسد والباطل، وهلاكه وهو في يد البائع أو في يد المشتري. انظر : بدائع الصنائع ٥/٢٣٨، وشرح الخرشي ٥/١٥٧، وروضة الطالبين ٣/١٥٥، وكشاف القناع ٣/٢٤٢.

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٣٨، وفي حاشية ابن عابدين ٤/٤٢: لو هلك المبيع بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بأمر سماوي بطل البيع، ويرجع بالثمن ولو مقبوضاً.

وفي شرح المجلة : (المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري) والعلة في ذلك هي أن (المبيع ما لم يسلم إلى المشتري فهو في ضمان البائع)(١).

ويذكر القاضي عبد الوهاب أن السلعة إذا تلفت بعد العقد وقبل القبض، ولم يكن التلف من المشتري فإن البائع يضمن، وبين وجه ذلك بأن (على البائع توفية المشتري ما اشتراه، فما لم يوفه لم يستحق عليه العوض والتلف منه، لأن المشتري لم يقبضه، ولم تثبت علية يد)(٢).

وفي شرح الخرشي : (وضمن بائع مكيلاً بكيل كموزون ومعدود، أي أن ضمان ما فيه حق توفيه، وهو ما حصر كيل أو وزن أو عدد - في ضمان البائع إلى أن يقبضه المشتري)(٣).

وفي مغني المحتاج : (المبيع قبل قبضه من ضمان البائع، فإن تلف المبيع بآفة سماوية انفسخ البيع، لتعذر قبضه المستحق كالتفرق قبله في الصرف، وسقط الثمن)(٤).

وقال النووي : (المبيع قبل القبض من ضمان البائع، ومعناه: أنه لو تلف، انفسخ العقد وسقط الثمن)(٥).

---

(١) درر الحكام ١/٢٧٥ المادة «٢٩٣».

(٢) المعونة ٢/٩٨٠ .

(٣) شرح الخرشي ٥/١٥٧. وفي حاشية الدسوقي ٣/١٤٧: إذا تلف بسماوي كان ضمانه من البائع ويفسخ البيع. وانظر جواهر الإكليل ٢/٥٣، وبلغة السالك ٢/٧٠ - ٧٢ مع الشرح الصغير.

(٤) مغني المحتاج ٢/٦٥ - ٦٦.

(٥) روضة الطالبين ٣/١٥٥ .

وقال الشيرازي : (إذا تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم... فإن كان تلفه بآفة سماوية انفسخ البيع، لأنه فات التسليم المستحق بالعقد، فانفسخ البيع، كما لو اصطرفا وتفرقا قبل القبض)[١].

وفي مختصر الخرقي[٢] : (وإذا وقع البيع على مكيل أو موزون أو معدود[٣] فتلف قبل قبضه فهو من مال البائع)[٤].

وقال في كشاف القناع : (وإن تلف المكيل ونحوه أي الموزون والمعدود والمذروع المبيع بالكيل ونحوه، أو تلف بعضه بآفة أي عاهة سماوية، لا صنع لآدمي فيها، قبل قبضه، أي قبل قبض المشتري له، فهو من مال البائع) ثم بين علة ذلك بقوله: (لأنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن ربح ما لم يضمن»[٥] والمراد به ربح ما بيع قبل القبض)[٦].

ويوافق الزيدية قول جمهور الفقهاء في أن المبيع إذا تلف بعد العقد وقبل

---

(١) المهذب ٢٩٦/١ .

(٢) هو عمر بن الحسين البغدادي الخرقي الحنبلي، له مصنفات كثيرة في المذهب لم ينتشر منها إلا المختصر في الفقه، وذلك أنه خرج من مدينة السلام لما ظهر فيها سب الصحابة، فاحترقت كتبه وهو بعيد عن البلد. توفي سنة ٣٣٤.
[شذرات الذهب ٣٣٦/٢، البداية والنهاية ٢٢٨/١١].

(٣) يرى الحنابلة في المكيل والموزون مثل قول الجمهور، أما في غيرهما، فإذا هلك قبل القبض فعلى حساب المشتري. انظر المغني ٨٨/٤، وكشاف القناع ٢٤٢/٣.

(٤) مختصر الخرقي ١١٥.

(٥) أخرجه أبو داود ٧٧٥/٣ في البيوع باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث رقم ٣٥٠٤، والترمذي ٥٣٥/٣ في البيوع باب كراهية بيع ما ليس عندك رقم الحديث ١٢٣٤، وابن ماجة ٧٣٨/٢ في التجارات باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن رقم الحديث ٢١٨٨، والحديث صححه الحاكم في المستدرك ١٧/٢ ووافقه الذهبي، وقال عنه الترمذي، حديث حسن صحيح.

(٦) كشاف القناع ٢٤٣/٣، وانظر المبدع ١١٧/٤ - ١١٨، وشرح منتهى الإرادات ١٨٨/٢.

القبض فهو من مال البائع، ففي حدائق الأزهار: (وإذا تلف المبيع قبل التسليم النافذ في غير يد المشتري وجنايته، فمن مال البائع)(١).

وكذلك الإمامية ، ففي تحرير الوسيلة: (لو باع الثمرة بعد ظهورها أو بدو صلاحها فأصيبت بآفة سماوية أو أرضية قبل قبضها، كان من مال بائعها... ولو كان التلف بعد القبض كان من مال المشتري، ولم يرجع إلى البائع)(٢). ودليلهم في ذلك قاعدة: (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه)(٣) أي من ضمان البائع لا المشتري(٤).

هذا هو كلام الفقهاء في هذا المطلب، يتبين منه أن المبيع إذا تلف بسبب الجائحة قبل القبض فإنه يكون من مال البائع لا المشتري، فينفسخ العقد، ويسقط الثمن من المشتري، وكذلك الحكم في الإجارة المعينة قبل قبضها، إذا تلفت العين، فإن العقد ينفسخ، والأجرة تسقط من المستأجر.

---

(١) السيل الجرار ٣/١٢٠ .

(٢) تحرير الوسيلة ١/٥٠٥، وفي شرائع الإسلام ١/٣٠٦ : إذا باع ما بدئ صلاحه فأصيب قبل قبضه كان من مال بائعه، وكذا لو أتلفه البائع.

(٣) فقه الإمام جعفر الصادق ٣/٢٨٥ .

(٤) ما سبق هو ما كان في البيوع، أما في الإجارات فقد قال الرملي في ذكر ما تنفسخ به الإجارة بالهلاك: (وإنما حكمنا فيها بالقبض ليتمكن المستأجر من التصرف، فتنفسخ بالكلية إن وقع ذلك قبل القبض، أو بعده، ولم تمض مدة لمثلها أجر)، نهاية المحتاج ٥/٣٢٠ - ٣٢١، وانظر مغني المحتاج ٢/٣٥٦. ويقول ابن مفلح في ذكر ما تنفسخ به الإجارة بالهلاك: (أن تتلف العين قبل قبضها، ولا خلاف في انفساخها)، المبدع ٥/١٠٢، وانظر المغني ٥/٢٧٥.

المطلب الثاني : وقوع الجائحة بعد تمام القبض :

ذكرنا في المطلب السابق حكم الجائحة إذا وقعت بعد العقد وقبل القبض، وقد تقع الجائحة بعد العقد وبعد تمام قبض المبيع(١) فما هو الحكم ؟

لا تخلو هذه المسألة من أمرين :

الأول : أن يكون ذلك في البيوع، أي أن تصيب الجائحة العوض في البيوع بعد تمام قبض المبيع.

الثاني : أن يكون ذلك في الإجارات، بمعنى أن تقع الجائحة، فتهلك العين المستأجرة المعينة بعد قبضها من المستأجر، وقبل أن يستوفي شيئا من منفعتها، أو قبل أن يستوفيها كاملة.

وهذا الأمر الثاني لا يخلو من حالين :

١ - ألا تمضي بعد قبض العين المستأجرة وقبل إجاحتها مدة لمثلها أجرة، ولم يُستوف شيء من المنفعة.

٢ - أن تمضي بعد قبض العين المستأجرة وقبل إجاحتها مدة لمثلها أجرة، أو أن يُستوفى شيء من المنفعة.

وإليك تفصيل هذه المسائل :

أولاً : أن تصيب الجائحة العوض في البيوع بعد تمام القبض، أي بعد استقرار ملك المشتري في العوض، وأمن العقد من الانفساخ بسبب الهلاك.

فهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء أنه من مال المشتري، فما تلف بعد القبض لا يفسخ به البيع، والهلاك يكون على المشتري وعليه الثمن، وذلك لأن البيع تقرر بقبض المبيع، فتقرر الثمن.

---

(١) أي بعد استقرار ملك المشتري في العوض، وأمن العقد من الانفساخ بسبب الهلاك.

وفي ذلك يقول الكاساني : (فأما إذا هلك كله بعد القبض، فإن هلك بآفة سماوية، أو بفعل المبيع، أو بفعل المشتري، لا ينفسخ البيع، والهلاك على المشتري، وعليه الثمن، لأن البيع تقرر بقبض الثمن، فتقرر الثمن)(١).

وتنص مجلة الأحكام على أنه (إذا هلك المبيع بعد القبض، هلك من مال المشتري، ولا شيء على البائع)(٢).

وينقل ابن جزي الاتفاق على ذلك بعد ذكره لمسألة ضمان المبيع بقوله: (أما بعد قبضه فضمانه من المشتري، وخسارته منه باتفاق)(٣).

والنووي يذكر مسألة تلف المبيع بآفة سماوية في زمن الخيار ، ويبين أن البيع لا ينفسخ على الصحيح من المذهب لدخوله في ضمان المشتري بالقبض(٤).

وفي كشاف القناع ما يؤكد ذلك وأن الضمان على المشتري، حيث يذكر البهوتي أن ما كان مبيعاً بكيل أو وزن أو عد أو ذرع، وقبضه المشتري ثم تلف، فهو من ضمان المشتري، وذكر العلة وهي أن هذا المبيع أصبح من مال المشتري بعد قبضه، وقد تلف بيده فكان الضمان عليه(٥).

ثانياً : أن تصيب الجائحة العين المستأجرة في الإجارة المعينة بعد قبضها

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٣٩. قال الطحاوي : لا نعلم أحدا من أهل العلم يوجب ضمان ما حدث من المبيع بعد القبض على بائعه غير مالك بن أنس. مختصر اختلاف العلماء، للجصاص ٣/٩٨.

(٢) درر الحكام ١/٢٧٨ مادة «٢٩٤»، وانظر فتح القدير ٦/٣٠٦.

(٣) القوانين الفقهية ٢٧٢، وقول ابن جزي هذا في الجملة، وإلا فإنه قد ذكر استثناء المالكية بعض المسائل.

(٤) المجموع ٩/٢٢٠ وهناك تفصيل للشافعية في هذه المسألة كما بين ذلك النووي.

(٥) كشاف القناع ٣/٢٠٦، وانظر المغني ٤/٨٨ وقد فصل ابن هبيرة هذه المسألة في الافصاح ٥/٢١ - ٢٥.

من المستأجر، وهذا لا يخلو من حالين:

الحالة الأولى : ألا تمضي بعد قبض العين المستأجرة وقبل إجاحتها مدة لمثلها أجرة، ولم يستوف المستأجر شيئا من المنفعة.

ففي هذه الحالة : تسقط الأجرة ، وينفسخ العقد، فكأن المستأجر لم يقبض العين ، والسبب هو أن المعقود عليه المقصود قد تلف قبل التمكن من قبضه.

ولهذا نقل بعض العلماء[1] الإجماع على أن منافع الإجارة إذا تعطلت قبل التمكن من استيفائها فإنه تسقط الأجرة.

وينقل ابن تيمية الإجماع على أن العين المؤجرة إذا تلفت قبل قبضها بطلت الإجارة ، وكذلك إذا تلفت عقب قبضها ، وقبل التمكن من الانتفاع ، إلا أنه ذكر خلافاً شاذاً محكي عن أبي ثور، ثم بين السبب، وهو أن المعقود عليه تلف قبل قبضه، فأشبه تلف المبيع بعد القبض، جعلاً لقبض العين قبضاً للمنفعة[2].

الحالة الثانية : أن تمضي بعد قبض العين المستأجرة وقبل إجاحتها مدة لمثلها أجرة، أو أن يستوفى شيء من المنفعة.

ففي هذه الحالة ، ينفسخ العقد فيما بقي، ويلزم المستأجر أجرة ما مضى، أو ما استوفاه من المنفعة، وذلك لأنه قبض العين المستأجرة، وفي وقت يستطيع أن

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٠/٢٨٨، وفي المعونة ٢/١٠٩٣ : كل معنى طرأ بمنع استيفاء المنافع فإن العقد ينفسخ معه، وذلك كانهدام الدار واحتراقه وغصبها، لأن امتناع استيفاء المنافع لا يلزم معه الأجرة لما بيناه أن العوض لا يستحق إلا بتسليم المنافع كالأعيان. وانظر القوانين ٣٠٤.

(٢) مجموع الفتاوي ٣٠/٢٨٨. وقال ابن قدامة في المغني ٥/٢٧٥: وإذا وقعت الإجارة على عين مثل أن يستأجر عبداً للخدمة ، أو لرعاية الغنم، أو جملاً للحمل أو للركوب، فتلفت، انفسخ العقد بتلفها. وانظر الإنصاف ٦/٦١ - ٦٢.

يستوفي فيه المنفعة، وفي مدة لمثلها أجرة عرفاً، فيلزم بالأجرة في هذه المدة لتهاونه في استيفاء المنفعة مع قدرته عليها، وأما مابقي فينفسخ العقد فيها لعدم استطاعة الاستيفاء من المنفعة(١).

(١) قال ابن تيمية في مجموع الفتاوي ٢٨٩/٣٠: (وإن تلفت العين في أثناء المدة، انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة، دون ما مضى، وفي انفساخها في الماضي خلاف شاذ).

وقال القفال الشاشي في حلية العلماء ٤١٨/٥: (وإن كان قد مضى مدة لمثلها أجرة، انفسخ العقد فيما بقي، وفيما مضى وجهان).

المطلب الثالث : وقوع الجائحة بعد التخلية في مدة يحتاج العوض إلى بقائها قبل قبضه.

هذه المسألة هي التي وقع الخلاف فيه بين الفقهاء في وضع الجائحة أو عدم وضعها، وهي أساس هذه الرسالة، ومن أوضح المسائل الدالة عليها الثمار التي تباع بعد بدو صلاحها لتترك على رؤوس الشجر حتى يتم صلاحها وينتهي طيبها.

وهذا ما سنتعرض إليه - إن شاء الله تعالى - في الفصل الثاني من الباب الثاني، بذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشة الأدلة ثم الترجيح[1].

---

(١) ذكر الباجي في المنتقى ٢٣٣/٤ أن ما يعتبر في وضع الجائحة يرجع إلى معنيين :

الأول : جنس الثمرة. والثاني : معنى يقترن بها .

فأما جنس الثمرة فهو كل بيع يحتاج إلى بقائه في أصله، وحاجته إلى ذلك تكون على ضربين :

أحدهما : لانتهاء صلاحها وطيبها، كثمرة النخل والعنب إذا اشتري عند بدو صلاحه، وكثمرة التفاح، والتمر، والبطيخ، والورد، والياسمين، والفول، والجلبان.

والثاني : يحتاج إليه لبقاء رطوبته ونضارته ، كثمرة العنب اشتريت بعد انتهاء طيبها، وكالبقول، والقصيل، والأصول المغيبة من الجزر والسلجم والبصل والثوم.

وقال ابن رشد في المقدمات ٥٣٧/٢ : إذا نزلت بالرجل جائحة في شيء مما اشتراه من الثمار أو ما تخرجه الأرض من غير الثمار، فإن أهل العلم اختلفوا في وضع الجائحة عنه اختلافاً كثيراً، إذا كان قد اشترى ذلك دون الأصل، أو اشتراه مع الأصل بعد حلول بيعه، وأما إن اشتراه مع الأصل قبل حلول بيعه، فلا جائحة فيه بإجماع.

المطلب الرابع : وقوع الجائحة في مدة الخيار :

قد تقع الجائحة في مدة الخيار، وهذه الفترة تعتبر أحد مراحل انتقال الملك من البائع إلى المشتري، فلا يلزم العقد ولا يستقر الملك ولا تستوفى المنفعة إلا بانقضاء مدة الخيار.

وفي هذه الحالة إما أن تقع الجائحة في مدة الخيار قبل قبض العوض، وإما أن تقع بعد قبض العوض، وهذا ما سأبينه في المسألتين الآتيتين :

المسألة الأولى : وقوع الجائحة في مدة الخيار قبل القبض .

إذا أصابت الجائحة العوض في مدة الخيار قبل أن يقبضه المشتري، فأهلكت العوض، وكان العوض مما يحتاج إلى قبض، فلا شيء للمشتري وينفسخ العقد.

وهذا لا خلاف فيه بين من يرى وجوب القبض، كما ذكرنا في المطلب الأول، وإن العلة في ذلك أن المبيع لم يسلم إلى المشتري، فهو في ضمان البائع(١) ، فإن المبيع قبل قبضه من ضمان البائع، فلو تلف قبل تسليمه للمشتري انفسخ العقد، وسقط الثمن(٢).

المسألة الثانية : وقوع الجائحة في مدة الخيار بعد القبض .

إذا وقعت الجائحة في مدة الخيار وبعد أن قبض المشتري العوض، فأهلكت الجائحة العوض فعلى من الضمان على المشتري أم على البائع؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة فمنهم من يرى الضمان على المشتري، ومنهم من يرى الضمان على البائع، وإليك تفصيل الأقوال.

---

(١) درر الحكام ١/٢٧٥ مادة «٢٩٣».

(٢) انظر بدائع الصنائع ٥/٢٣٨، والمعونة ٢/٩٨٠ ، وروضة الطالبين ٣/١١١، وكشاف القناع ٣/٢٤٣ .

يرى أبو حنيفة أن المبيع إذا هلك في مدة الخيار بعد قبض المشتري له، فإنه لا يخلو إما أن يكون الخيار للبائع وإما أن يكون للمشتري.

فإن كان الخيار للبائع بطل البيع، وسقط الخيار، ويلزم المشتري القيمة إن لم يكن له مثل، والمثل إن كان له مثل.

وإن كان الخيار للمشتري، لا يبطل البيع، ويسقط الخيار، ويلزم البيع، ويهلك على يد المشتري بالثمن، لأن المشتري وإن لم يملك المبيع عند أبي حنيفة إلا أنه اعترض عليه في يده ما يمنع الرد، وهو التعيب بعيب لم يكن عند البائع، وذلك لأن الهلاك في يده لا يخلو عادة عن سبب له، وهذا السبب يكون عيباً، وتعيب المبيع في يد المشتري يمنع الرد، ويلزم البيع؛ إذ لا فائدة من بقاء الخيار، فيهلك بالثمن، لأن العقد قد انبرم وتم[1].

وذهب الإمام مالك إلى أنه إذا هلك العوض في مدة الخيار فإنه من ضمان البائع، والمشتري أمين، سواء أكان الخيار لهما أم لأحدهما، ويذكر ابن رشد الحفيد في المذهب: إن كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه إياه، وإن كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية إن كان مما يغاب عليه[2]، فضمانه منه، وإن كان مما لا يغاب عليه فضمانه من البائع[3].

وذهب الشافعي إلى أن المبيع إذا تلف في مدة الخيار بعد قبض المشتري له، فإن المبيع لا ينفسخ، ولا يبطل الخيار.

وهذه المسألة عند الشافعية مبنية على مسألة أخرى وهي: لمن يكون ملك

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٧٢ ، وفتح القدير ٦/٣٠٥ – ٣٠٧ مختصر اختلاف العلماء للجصاص ٣/٥٣.

(٢) أي يمكن إخفاؤه .

(٣) بداية المجتهد ٢/٢٥١ – ٢٥٢، والقوانين ٣٠٠، وحاشية الدسوقي ٣/١٠٤.

المبيع في زمان الخيار؟ وقد فصل في ذلك النووي فذكر أن ملك المبيع في زمن الخيار فيه ثلاثة أقوال:

أحدها : للمشتري، والملك في الثمن للبائع، والثاني: للبائع، والملك في الثمن للمشتري، والثالث: موقوف، فإن تم البيع، بان حصول الملك للمشتري بنفس البيع، وإلا فإن ملك البائع لم يزل، وكذا يتوقف في الثمن.

ثم ذكر تلف المبيع بآفة سماوية في زمان الخيار، وأنه إن كان ذلك بعد القبض ففيه تفصيل:

فإن قلنا : الملك للبائع ، انفسخ العقد، فيسترد الثمن، ويغرم البائع القيمة. وإن قلنا: الملك للمشتري أو موقوف، ففيه وجهان ، أصحهما: لا ينفسخ العقد لدخوله في ضمان المشتري بالقبض ، هذا حاصل كلام النووي رحمه الله(١).

وأما الإمام أحمد فيرى أن السلعة إذا تلفت في مدة الخيار بعد القبض، فهي من ضمان المشتري ويبطل خياره، وفي خيار البائع روايتان:

إحداهما : يبطل ، لأنه خيار فسخ، فبطل بتلف المبيع كخيار الرد بالعيب إذا تلف المعيب.

والثانية : لا يبطل، وللبائع أن يفسخ، ويطالب المشتري بالقيمة، لحديث «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»(٢)، ولأنه خيار فسخ، فلم يبطل بتلف المبيع، كما لو اشترى ثوباً بثوب، فتلف أحدهما، ووجد الآخر بالثوب معيباً، فإنه يرده، ويرجع

---

(١) المجموع ٩/٢٢٠ – ٢٢١ ، وحاشية البيجرمي على المنهج ٢/٢٦٧، والمهذب ١/٢٦٠.

(٢) أخرجه البخاري ٢/٨٢ – ٨٣ في كتابه البيوع باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا. رقم الحديث ٢٠٧٩، ومسلم ٣/١١٦٤ في كتاب البيوع باب الصدق في البيع والبيان. رقم الحديث ١٥٣٢ من حديث حكيم بن حزام.

بقيمة ثوبه، وكذا هنا(١).

بعد عرض أقوال الفقهاء يتبين لنا أن رأي الجمهور منهم هو أن المبيع إذا تلف في مدة الخيار بجائحة بعد قبض المشتري له، فإنه من ضمان المشتري، علة ذلك هي أن المبيع أصبح ملكه، وله غلته ونتاجه، وعليه مؤنته، فلذا كان من ضمانه كما بعد انقضاء مدة الخيار.

أما الإمام مالك فيرى أن المبيع إذا تلف في مدة الخيار بجائحة بعد قبض المشتري له، أنه من ضمان البائع، وعلة ذلك هي أن البيع لم يتم بينهما(٢)، وإذا لم يتم البيع فالتلف يكون من البائع وليس على المشتري شيء.

وقول الجمهور - في رأيي - هو أقرب للصواب، لأن الضمان يكون على من عليه ضمان المبيع، كما قال النبي ﷺ : «الخراج بالضمان»(٣)، والمشتري إذا تسلم المبيع وقبضه، كانت له غلته ونتاجه وهو المراد بالخراج في الحديث، ومن كانت له غلة المبيع ونتاجه كان ضامناً له في حالة التلف، وهذا ما تقتضيه قواعد الشرع المطهر. والله أعلم .

---

(١) المغني ٤/٨ - ٩ ، والإنصاف ٤/٢٨٩ ، والإفصاح ٥/٢١ - ٢٥.

(٢) المدونة ٣/٢٣٠ .

(٣) أخرجه أبو داود ٣/٧٧٩ في كتاب البيوع والإجارات باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً رقم الحديث ٣٥٠٨، والترمذي ٣/٥٨١ في كتاب البيوع باب فيمن يشترى العبد ويستغله ثم يجد به عيباً رقم الحديث ١٢٨٥، والنسائي ٧/٢٥٤ في كتاب البيوع باب الخراج بالضمان رقم الحديث ٤٤٩٠، وابن ماجة ٢/٧٥٤ في كتاب التجارات باب الخراج بالضمان. رقم الحديث ٢٢٤٣. والحديث صححه الترمذي، والحاكم في المستدرك ٢/١٥، ووافقه الذهبي، وصححه ابن القطان كما في التلخيص الحبير لابن حجر ٣/٢٢.

المبحث الثاني

الجوائح في الأموال غير العوضية

المطلب الأول : الجائحة في المال المرهون

المطلب الثاني : الجائحة أثناء نقل الملك بغير عوض

المبحث الثاني
الجوائح في الأموال غير العوضية

قد ذكرنا في المبحث السابق أن الجوائح تقع في الأموال العوضية، ونذكر في هذا المبحث أن الجائحة كما أنها تقع في الأموال العوضية، فإنها تقع أيضا في الأموال غير العوضية، وسيكون محور الحديث عن نوعين منها وهما :

١ - الجائحة في المال المرهون .

٢ - الجائحة أثناء نقل الملك بغير عوض .

وهذا ما سأبينه في المطالب التالية :

المطلب الأول : الجائحة في المال المرهون .

قد تصيب الجائحة المال المرهون في يد المرتهن بعد أن يستوفي الدين من الراهن، أو بعد ما يحيله الراهن على آخر، فعلى من الضمان، للفقهاء في هذه المسألة أقوال ثلاثة:

القــــول الأول: يرى الحنفية، أن يد المرتهن يد ضمان، فإن هلك الرهن بيد المرتهن ضمن بالأقل من قيمته ومن الدين، فإن تساويا كان المرتهن مستوفياً حقه، أما إن زادت قيمة المرهون، فإن الزيادة تكون أمانة بيده، وإن نقصت عنها سقط بقدره من الدين، ورجع المرتهن بالفضل على الراهن.

ودليلهم في ذلك مايلي :

١ - ورد عن عطاء بن أبي رباح أنه حدث أن رجلا رهن فرساً، فنفق في يده، فقال رسول الله ﷺ : «ذهب حقك»(١).

---

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل ١٧٢، والبيهقي ٤١/٦ وقد ضعفه الشافعي وعبدالحق وابن القطان كما في السنن الكبرى ٤١/٦ ، ونصب الراية ٣٢١/٤.

٢ - لأنها عين مقبوضة للاستيفاء، فيضمنها من قبضها لذلك، أو من قبضها نائبة، كحقيقة المستوفى.

٣ - لأنه محبوس بدين فكان مضموناً، كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه(١).

القول الثاني : يرى الشافعية والحنابلة أن يد المرتهن على العين المرهونة يد أمانة، فلا يضمن إن تلفت بغير تعد منه، والمصيبة فيه من راهنه.

واستدلوا بما يلي :

١ - حديث سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال : «لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه وعليه غرمه»(٢) فقد جعل النبي ﷺ غرم الرهن على الراهن، وإنما يكون غرمه عليه إذا هلك أمانة، لأن عليه قضاء دين المرتهن، فأما إذا هلك مضموناً كان غرمه على المرتهن حيث سقط حقه، لا على الراهن وهذا خلاف النص.

٢ - لأنه أيضاً وثيقة بدين، فلا يضمن كالزيادة على الدين إلا بالتعدي أو التفريط، ولأنه مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة، فكان جميعه أمانة كالوديعة(٣).

القول الثالث : للمالكية إذ فرقوا بين مايمكن إخفاؤه كالحلي والعروض، وبين ما لا يمكن إخفاؤه كالحيوان والعقار، فيضمن الأول إن لم يكن المرهون عند أمين، أو لم يقم بينة على هلاكه بلا تفريط منه، ولا يضمن الثاني إلا بتفريط منه(٤).

---

(١) بدائع الصنائع ١٥٤/٦، والاختيار ٣١٥/١، وتبيين الحقائق ٨٧/٦.

(٢) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار ١٠٠/٤، ومالك في الموطأ ٧٢٨/٢، وعبدالرزاق في المصنف ٢٣٧/٨، والبيهقي ٤٠/٦، وفيه ضعف لإرساله كما في التلخيص الحبير ٣٦/٣.

(٣) حلية العلماء ٤٥٩/٤، ومغني المحتاج ١٣٦/٢، والمغني ٢٥٧/٤، والإنصاف ١٥٩/٥.

(٤) المدونة ١٥٢/٤، والاستذكار لابن عبد البر ٩٨/٢٢ - ١٠٥، والذخيرة ١٠٨/٨ - ١١٣.

هذه أقوال الفقهاء ، والتي يظهر منها أن الجمهور على أن المال المرهون إذا تلف في يد المرتهن، فإن الضمان عليه إن فرط أو تعدي، وليس عليه ضمان عند عدم التعدي أو التفريط، أي أن يد المرتهن يد أمانة، والحنفية يرون أن يد المرتهن يد ضمان، يضمن المرتهن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين، والمالكية يوافقون الجمهور في الضمان بالتفريط والتعدي على تفريق عندهم بين ما يمكن إخفاؤه وما لا يمكن إخفاؤه.

ويظهر لي أن الصواب مع الجمهور في أن يد المرتهن يد أمانة، لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط لما سبق من أدلتهم، ولأننا لو ضمناه لامتنع الناس من فعله خوفاً من الضمان، ولتعطلت المداينات، وفي ذلك ضرر عظيم(١). والله أعلم .

---

(١) كشاف القناع ٣/٣٤١، ومطالب أولي النهى ٣/٢٦٩، وانظر اختلاف العلماء للمروزي ٢٦٧ - ٢٧٠.

المطلب الثاني : الجائحة أثناء نقل الملك بغير عوض.

قد تصيب الجائحة الملك أثناء نقله بغير عوض أي مجاناً، فما الحكم في ذلك؟

يتضح لنا الجواب عن هذا السؤال في المسائل التالية :

المسألة الأولى : المقصود بنقل الملك بغير عوض .

يذكر العز بن عبد السلام في القواعد في باب نقل الحق من مستحق إلى مستحق، أن هذا على ضربين:

الأول : في النقل بعوض، وهو أنواع: البيع، والإجارة، والمساقاة، والمزارعة، والقراض، والسلم، والقرض، والجعالة.

الثاني : النقل مجانا بغير عوض، كالهدايا، والوصايا، والعمرى[1]، والرقبى[2]، والهبات، والصدقات، والكفارات، والزكاة[3].

والذي يعنينا في هذه المسألة هو الضرب الثاني، ونعني به هنا: كل ملك انتقل من شخص إلى آخر بغير بدل، كالإرث، والوصايا، والعمرى، والرقبى، والهبات، والغنائم، والصدقات، والكفارات، والنذور، والزكاة.

---

(١) نوع من الهبة، وصورتها أن يقول الرجل: أعمرتك داري هذه، أو هي لك عمري، أو ما عشت، أو مدة حياتك، أو ماحييت أو نحو ذلك، وسميت لتقييدها بالعمر. المغني ٥/٣٩٩، وانظر التعريفات ١٥٧، وتحرير ألفاظ التنبيه ٢٤٠، وطلبة الطلبة ٢٣٥، وأنيس الفقهاء ٢٥٦.

(٢) نوع من الهبة وصورتها أن يقول: أرقبتك هذه الدار أو هي لك حياتك على أنك إن مت قبلي عادت إليّ، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك، فكأنه يقول: هي لآخرنا موتاً، وبذلك سميت رقبى، لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه، المغني ٥/٣٩٩، وانظر التعريفات ١١١، وطلبة الطلبة ٢٣٥، وأنيس الفقهاء ٢٥٧، والدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي ٣/٥٥٧، وشرح حدود ابن عرفة ٢/٥٥١.

(٣) قواعد الأحكام ٢/٧٠ .

المسألة الثانية : معنى إجاحة الملك أثناء انتقاله بغير عوض.

المقصود بإجاحة الملك أثناء انتقاله بغير عوض هو: أن تصيب الجائحة الملك بعد الإيجاب وقبل القبض كما في الصدقات والهدايا، والهبات بغير عوض، ونحو ذلك، أو تصيبه بعد سبب الوجوب وتعين المال لذلك، كما في الكفارات، والنذور، والزكوات إذا وجد السبب وتعين المال لذلك، فهلك بسبب الجائحة قبل قبضه من المستحقين.

المسألة الثالثة : حكم المسألة :

يختلف الحكم في هذه المسألة باختلاف اللزوم وعدمه، واختلاف سقوط الواجب بهلاك المعين له بجائحة وعدمه، وهذا يتضح بالآتي :

١ - إذا هلك الإرث بجائحة بعد وجود السبب ، وهو هلاك المورث، وقبل قبض المستحق له وهو الوارث، فإنه يسقط حق الوارث فيه لعدم إمكان الضمان.

٢ - في الكفارات والنذور والزكوات[١] ونحوها، إذا وجد سببها وتم تعيينها في مال، ثم حصلت لهذا المال جائحة قبل قبضه من المستحقين، فإن الواجب لا يسقط عمن وجب عليه، وعليه مثل ما تلف.

٣ - في الهبات والهدايا والصدقات ونحوها، إذا تلفت بسبب الجائحة، بعد الإيجاب من الواهب أو المهدي أو المتصدق، وقبل قبض الموهوب أو الهدية أو

---

(١) ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزكاة لا تسقط بتلف المال بعد تحقق شروطه وتعيينه، بل يجب على المزكي الضمان، لأنها مال وجب في الذمة فلم يسقط بتلف النصاب كالدين، فضمنها بتلفها في يده فلا يعتبر بقاء المال. أما الحنفية فيرون سقوط الزكاة بتلف المال. وفي ذلك تفصيل ينظر في حاشية ابن عابدين ٢/ ٢٠ ، ومواهب الجليل ٢/ ٢٦٣، ومغني المحتاج ١/ ٤١٨، والمغني ٢/ ٢٨٨.

الصدقة، فهل يلزم بدلها أو لا؟

يرى جمهور الفقهاء عدم لزوم البدل، وأن الهبة والهدية والصدقة عقود غير لازمة إلا بالقبض، فإذا تلف شيء منها قبل القبض من مستحقها، فلا ضمان ولا لزوم للبدل.

أما المالكية فيرون أن هذه العقود لازمة بمجرد العقد، فإذا تلفت بجائحة قبل القبض وبعد العقد لزم بدلها لحديث «العائد في هبته كالعائد في قيئه»[١] ولأن الله أمر بالوفاء بالعقود في قوله تعالى: «يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود»[٢]، والهبة ونحوها بعد القبول عقد، فيجب الوفاء بها، فإذا تلف المعقود عليه، وجب بدله حتى يحصل الإيفاء بالعقد.

والقول الأقرب للصواب هو قول الجمهور لاتفاق الصحابة على اشتراط القبض في الهبة كما ينقل ذلك ابن قدامة[٣]، ولأن الواهب لا يأخذ مقابل هبته شيئاً، فهو محسن، وما على المحسنين من سبيل، فلا يجبر بالاقباض، ولا يضمن بالتلف.

أما الآية التي استدل بها المالكية فيمكن حملها على عقود المعاوضة، أو العهود التي تمت بين الله تعالى وبين عباده ونحو ذلك كما قال المفسرون[٤].

---

(١) أخرجه البخاري ٢٤٢/٢ في كتاب الهبة باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته. رقم الحديث ٢٦٢١، ومسلم ١٢٤١/٣ في كتاب الهبات باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهب لولده وإن سفل. رقم الحديث ١٦٢٢ من حديث ابن عباس.

(٢) سورة المائدة : آية ١

(٣) قال في المغني ٣٧٩/٥ : ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإن ما قلناه مروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف.

(٤) انظر تفسير القرطبي ٢٣/٦ - ٢٤ وتفسير ابن كثير ٤/٢، وفتح القدير للشوكاني ٤/٢ ، والتفسير الكبير للرازي ١٢٣/١١ - ١٢٤.

أما الحديث الذي استدلوا به فيحمل على ما إذا قبض الموهوب له الموهوب، فيشمله الحديث عندئذ[١]. والله أعلم .

(١) المغني ٥/٣٧٩ .

الباب الثاني
أحكام الجوائح

قبل أن أشرع في بيان خلاف العلماء في مسألة وضع الجوائح التي هي أساس البحث أبين في هذا الباب بعض الأحكام المتعلقة بالأصول والثمار والحبوب والبقول لما لها من صلة واضحة بوضع الجوائح، ثم أذكر مسألة وضع الجوائح وصور منها ، ثم طرق القضاء بالجائحة وفسخ العقود بها، وسيكون محور الحديث في الفصول التالية :

الفصل الأول : أحكام بيع الأصول والثمار .

الفصل الثاني : وضع الجوائح .

الفصل الثالث : صور من الجوائح في العقود وغير العقود .

الفصل الرابع : طرق القضاء بالجائحة وفسخ العقود بها .

الفصل الأول
أحكام بيع الأصول والثمار

أبين في هذا الفصل بعض الأحكام الخاصة بالأصول والثمار وحكم بيع الحبوب والبقول لما في ذلك من صلة وثيقة بأحكام الجوائح، وسيكون ذلك في المباحث الآتية:

المبحث الأول: أحكام بيع الأصول.

المبحث الثاني: أحكام بيع الثمار.

المبحث الثالث: حكم بيع الحبوب والبقول.

المبحث الأول :
أحكام بيع الأصول

في هذا المبحث أذكر بعض الأحكام المتعلقة ببيع الأصول مما له علاقة بوضع الجوائح، ويحسن هنا أن أبين المقصود بالأصول.

الأصول جمع أصل ، وقيل في تعريفه أنه :

أ – ما تفرع عليه غيره[١].

ب – ما احتيج إليه[٢]، أو المحتاج إليه[٣].

جـ – ما بني عليه غيره، أو ما يبتنى عليه غيره[٤]، أو ما ينبني عليه غيره[٥].

د – ما منه الشيء[٦].

هـ – عبارة عما يفتقر إليه ولا يفتقر هو إلى غيره[٧].

هذا ما قيل في تعريف الأصل ، الذي يجمع على أصول، والمراد بها هناكما يقول الفقهاء : الأشجار، والأرضون[٨]، وزاد بعضهم كالبهوتي: الدور والبساتين

---

(١) الدر النقي ١/٤٥١ ، والمطلع ٢٤٢.

(٢) الدر النقي ١/٤٥١.

(٣) الكليات ١٢٢، والمطلع ٢٤٢.

(٤) الدر النقي ١/٤٥١، والتعريفات ٢٨ .

(٥) الكليات ١٢٢ .

(٦) الدر النقي ١/٤٥١ .

(٧) التعريفات ٢٨. وانظر في تفصيل معاني الأصل: الكليات لأبي البقاء ١٢٢ – ١٢٩.

(٨) المبدع ٤/١٥٨، ونهاية المحتاج ٤/١١٨، والمطلع ٢٤٢، والدر النقي ١/٤٥١، وتحرير ألفاظ التنبيه ١٨٠ – ١٨١.

ونحوها كطواحين ومعاصر[١].

وحيث إن التعريف المشهور عند الفقهاء هو حصر الأصول بالأرض والشجر فسأقتصر على هذين النوعين، وذلك في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : بيع الشجر.

المطلبالثاني : بيع الأرض .

المطلب الأول : بيع الشجر .

ذكر الفقهاء في باب بيع الأصول ، ما الذي يتبع هذه الأصول وما الذي لا يتبعها، فإذا بيع الشجر أو النخل فما الذي يتبعه في البيع، ثم إن كان للشجر أو النخل ثمر فلمن تكون ملكية هذا الثمر، هذا مما ذكره الفقهاء واختلفوا في بعض أحكامه، وبيان ذلك في المسألتين الآتيتين :

المسألة الأولى : ما يتبع الشجر في البيع :

يتفق الفقهاء في الجملة على أن من باع شجراً فإنه يتبعه في البيع الأغصان والورق وسائر العروق وسائر أجزاء الشجر.

ويعلل لذلك ابن قدامة بأن الأغصان والورق من أجزاء الشجرة، ووجد لمصلحة الشجرة ومنفعتها، فيكون بذلك حكمها حكم سائر المبيع.

ففي المغني : (أما الأغصان والورق وسائر أجزاء الشجر فهو للمشتري بكل حال، لأنه من أجزائها، خلق لمصلحتها، فهو كأجزاء سائر المبيع)[٢].

---

(١) شرح منتهى الإرادات ٢/٢٠٦، وكشاف القناع ٣/٢٧٣. وقال السبكي في تكملة المجموع ١١/٢٤٥: (الأصول ههنا المراد بها الأشجار، وكل ما يثمر مرة بعد أخرى، وأبعد من قال إن اسم الأصل يشمل البناء والشجر، وأبعد منه قول من قال إن المراد به الأرض والشجر معاً والثمار).

(٢) المغني ٤/٦٦، والذخيرة ٥/١٥٦.

ويذكر الرملي بيع الشجرة وما يدخل فيه، وأنه يدخل في البيع عروقها ولو امتدت ما لم يشترط قطعها، ويعلل بأن ذلك من مسماها، كما يدخل ورقها وأغصانها، إلا أنه قيد الشجرة بأن تكون رطبة، وأن الأغصان اليابسة لا تدخل تبعاً، والتعليل هو اعتياد الناس قطعها فأشبهت الثمرة، أما الجافة فيتبعها غصنها اليابس(١).

هذا ما يتعلق بما يتبع الشجرة في البيع مما اتفق عليه الفقهاء في الجملة، أما الأرض التي هي مكان غرس الشجرة، فهل تدخل تبعاً لبيع الشجرة ؟ يفهم من كلام الحنفية والمالكية أنها تدخل أيضاً في بيع الشجرة، مطلقاً عند المالكية، ومقيدة عند الحنفية بأن يشتريها المشتري للقرار.

ففي حاشية ابن عابدين : (إن اشترى نخلة ولم يبين أنها للقلع أو القرار. قال أبويوسف: لا يملك أرضها، وأدخل محمد ما تحتها، وهو المختار، وإن اشتراها للقطع لا تدخل الأرض اتفاقاً، وإن للقرار - أي إن اشتراها للقرار - تدخل اتفاقا)(٢).

وفي مختصر خليل عند المالكية («تناول البناءُ والشجرُ» أي العقد عليهما بيعاً كان أو رهنا أو وصية، «الأرض» : التي بها البناء والشجر)(٣).

وفي تبيين المسالك (إذا بيع بناء أو شجر أو رهنا فإن أرضهما يتناولها

---

(١) نهاية المحتاج ٤/١٣٤ - ١٣٥، وانظر تكملة المجموع للسبكي ١١/٣٢٩ - ٣٣٠، وروضة الطالبين ٣/٢٠٤.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/٣٨. وفي تبيين الحقائق ٤/١٠: (الأصل في جنس هذه المسائل أن الشيء إذا كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار دخل في المبيع تبعاً وإلا فلا). وانظر الفتاوي الهندية ٣/٣٥ - ٣٦، وفتح القدير ٦/٢٨٠.

(٣) انظر جواهر الإكليل ٢/٥٩، ومنح الجليل ٢/٧٢٣، ومواهب الجليل ٤/٤٩٥.

العقد)[١].

هذا هو رأي الحنفية والمالكية[٢] في دخول الأرض تبعاً لبيع الشجرة، حيث يرون أنها تدخل في بيع الشجرة، إلا أن الحنفية قيدوا ذلك بأن يشتريها المشتري للقرار، ويقصد بالقرار. كما يقول البابرتي:[٣] (الحال الثاني، على معنى أن ما وضع لأن يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار، وما وضع لا لأن يفصله فيه فهو اتصال قرار)[٤].

والحنفية يبنون مسألتهم هذه وما شاكلها على قاعدتين :

الأولى : أن كل ما هو متناول اسم المبيع عرفاً دخل في المبيع وإن لم يذكر صريحاً.

الثانية : أن ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له في الدخول[٥].

أما الشافعية في الأصح من مذهبهم فيرون عدم دخول الأرض تبعاً لبيع الشجرة، ويوافقهم في ذلك الحنابلة.

ففي نهاية المحتاج : (والأصح فيما إذا استحق إبقاءها أنه لا يدخل في بيعها - أي الشجرة - المغرس، أي محل غرسها)[٦].

---

(١) تبيين المسالك شرح تدريب السالك ٣/٤٢٩، والذخيرة ٥/١٥٦.

(٢) وهو قول للشافعية انظر نهاية المحتاج ٤/١٣٧ .

(٣) هو محمد بن محمد بن محمود البابرتي من أئمة الحنفية. نسبته إلى قرية «بابرتا» من قرى بغداد. كان حسن المعرفة بالفقه والعربية والأصول. رحل حلب ثم القاهرة. توفى سنة ٧٨٦. من مؤلفاته «العناية شرح الهداية» و«حواشي الكشاف».
[الفوائد البهية ١٩٥، وشذرات الذهب ٦/٢٩٣] .

(٤) العناية ٦/٢٨٠ .

(٥) انظر العناية ٦/٢٨٠، وتبيين الحقائق ٣/١٠، وبدائع الصنائع ٥/١٦٧.

(٦) نهاية المحتاج ٤/١٣٧.

وفي شرح المنهاج (والأصح أنه لا يدخل في بيعها المغرس، بكسر الراء، أي موضع غرسها حيث أبقيت)[١].

ويقول ابن قدامة : (وإن باعه شجراً لم تدخل الأرض في البيع)[٢]، وفي شرح منتهى الإرادات: (ومن اشترى شجرة أو نخلة فأكثر لم تتبعها أرضها)[٣].

هذا حاصل كلام الشافعية والحنابلة في أنهم يرون عدم دخول الأرض تبعاً لبيع الشجرة.

وتعليلهم في ذلك هو أن الاسم لا يتناولها ولا هي تبع للمبيع كما يذكر ابن قدامة[٤]، ويعلل الشافعية لقوهم بأن اسم الشجرة لا يتناوله، فليس له بيعه، ولا أن يغرس بدلها إذا قلعت[٥].

ومع هذا التعليل إلا أن الشافعية ذكروا أن المشتري يستحق منفعته مجانا[٦]، فيجب على مالكه أو مستحق منفعته بإجارة أو وصية أن يمكنه منه ما بقيت الشجرة حية تبعاً لها[٧].

---

(١) شرح المنهاج للمحلي ٢/٢٣٠، وانظر تكملة المجموع للسبكي ١١/٣٣٢ - ٣٣٣، وروضة الطالبين ٣/٢٠٤.

(٢) المغني ٤/٦٦ .

(٣) شرح منتهى الإرادات ٢/٢١٠.

(٤) المغني ٤/٦٦.

(٥) مغني المحتاج ٢/٨٦، ونهاية المحتاج ٤/١٣٧.

(٦) يذكر القليوبي في شرح المنهاج ٢/٨٦ تفسير ذلك بقوله: (لا بمعنى أن له إجارته أو وضع متاعه فيه أو إعادته بل بمعنى أن له منع البائع أن يفعل فيه ما يضر بالشجرة بخلاف ما لا يضرها فله فعله ولو بنحو زرع).

(٧) مغني المحتاج ٢/٨٦، ونهاية المحتاج ٤/١٣٧.

والذي يظهر لي أن قول الشافعية والحنابلة هو الأصوب، حيث إن الأرض لمالكها ما لم يبعها، أما إن باع شيئا منها كشجرة ونحوها، فإنه لا يزول ملك الأرض، بل يزول ملك الثمرة، وينتقل إلى مشتريها.

ثم إن القول بعدم ملكية المشتري الأرض بعد شرائه للشجرة لا يعني أن يفعل البائع ما يشاء في هذه الأرض، بل للمشتري أن يمنع البائع ما يضر بالشجرة، وأن يفعل ما فيه صلاح للثمرة.

المسألة الثانية : ملكية ثمرة الشجرة(١).

ما سبق في المسألة الأولى هو بيان ما يتبع الشجر أو النخل في البيع، أما في هذه المسألة ففيها زيادة بيان وتفصيل، فلو كانت هذه الشجرة أو النخلة مثمرة ثم بيعت، فلمن تكون الثمرة للبائع أو للمشتري؟ وهل ذلك على إطلاقه؟

---

(١) قال المقدسي في العدة (٢٢٦) : (والشجر على خمسة أضرب: (الأول) ما تكون ثمرته في أكمامها ثم يفتح الكمام فتظهر كالنخل وقد سبق بيان حكمه، وهو الأصل الذي وردت السنة ببيان حكمه وماعداه مقيس عليه، ومن هذا الضرب القطن وما يقصد نوره كالورد والياسمين والنرجس والبنفسج، فإنه يظهر في أكمامه ثم يفتح كمامه فيظهر، فهو كالطلع أن يفتح جنبذه فيظهر نوره فهو للبائع. وإن لم يظهر فهو للمشتري قياسا على النخل. (الضرب الثاني) ما له ثمرة بارزة كالجميز والتوت والتين، فما كان منه ظاهرا فهو للبائع لأنها ثمرة ظاهرة فهي كالطلع المؤبر، وما ظهر بعد العقد فهو للمشتري لأنه حدث في ملكه. (الثالث) ما له قشر لا يزول إلا عند الأكل كالرمان والموز فهو للبائع إن كان ظهر لأن قشره من مصلحته فهو كأجزاء الثمرة. (الرابع) ما له قشران كاللوز والجوز. فهذا للبائع بنفس الظهور لأن قشره لا يزال في الغالب إلا بعد جذاذه فهو كالرمان. وقال بعض أصحابنا: إن تشقق قشره الأعلى فهو للبائع، وإلا فهو للمشتري، لأنه لا يدخر في قشره الأعلى بخلاف الرمان. (الخامس) ما تظهر ثمرته في نوره ثم يتناثر نوره كالعنب والمشمش والتفاح فكان كتأبير النخل، ويحتمل أنه للبائع بظهور نوره. لأن استتار الثمرة بالنور كاستتار ثمرة النخل بعد التأبير بالقشر الأبيض. (السادس) ما يقصد ورقه كالتوت فيحتمل أنه للمشتري بكل حال قياساً على سائر الورق، ويحتمل أنه إن تفتح فهو للبائع وإلا فهو للمشتري لأنه ها هنا كالثمر). وانظر الذخيرة ١٥٨/٥.

هذا ما اختلف فيه الفقهاء، وبيان ذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول : ملكية الثمرة بعد التأبير دون اشتراط الثمرة.

إذا وقع البيع على شجرة مثمرة ولم يشترط أحد المتبايعين الثمرة، وقد أبرت[١] الثمرة، فلمن تكون هذه الثمرة، في ذلك خلاف بين الفقهاء والتفصيل على النحو الآتي :

القول الأول : أن الثمرة تكون للبائع مطلقاً سواء كانت الشجرة مؤبرة أم غير مؤبرة. وهو مذهب الحنفية[٢].

دليل هذا القول :

استدل الحنفية لقولهم بما يلي :

١ - حديث « من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[٣].

وجه الدلالة من الحديث :

أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الثمرة للبائع مطلقاً عن وصف وشرط، فدل على أن الحكم لا يختلف بالتأبير وعدمه ، فالحديث جاء مطلقاً لم يفرق بين كون الثمرة مؤبرة أو غير مؤبرة، مما يدل على أن الثمرة

---

(١) التأبير : مصدر من أبر النخل أبراً وتأبيراً : أي لقح، ومعناه: تلقيح النخل بشق طلع النخلة ووضع شيء من طلع النخلة في هذا الشق. انظر معجم مقاييس اللغة ٣٥/١، والقاموس المحيط ٦٨٢/١، ولسان العرب ٣/٤ مادة «أبر»، والدر النقي ٤٥١/١ - ٤٥٢، وتحرير ألفاظ التنبيه (١٨٢)، وطلبة الطلبة (٣١٠) .

(٢) بدائع الصنائع ١٦٤/٥، وفتح القدير ٢٨٣/٦، والفتاوى الهندية ٣٥/٣.

(٣) الحديث عزاه الكاساني في بدائع الصنائع ١٦٤/٥ إلى رواية محمد في كتاب الشفعة، وذكره الزيلعي في نصب الراية ٥/٤. وقال: غريب بهذا اللفظ، وأشار ابن الهمام إلى ضعفه بقوله: (ولو صح حديث محمد) كما في فتح القدير ٢٨٣/٦.

للبائع[١].

٢ - أن اتصال الثمرة بالشجرة وإن كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء، فأشبه الزرع، والزرع لا يدخل في بيع الأرض فكذلك الثمرة هنا[٢].

٣ - أن النخل اسم لذات الشجرة فلا يدخل ما عداه إلا بقرينة زائدة، ولهذا لم يدخل ثمار سائر الأشجار[٣].

القول الثاني : أن الثمرة إذا كانت غير مؤبرة فهي للمشتري، وإن كانت مؤبرة فهي للبائع إلا أن يشترطها المشتري. وهو قول الجمهور من المالكية[٤] والشافعية[٥] والحنابلة[٦] والظاهرية[٧].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[٨].

---

(١) بدائع الصنائع ٥/١٦٤، وفتح القدير ٦/٢٨٣، وحاشية ابن عابدين ٤/٣٧.

(٢) فتح القدير ٦/٢٨٣، وحاشية ابن عابدين ٤/٣٧.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٦٤. واستدل ابن قدامة للحنفية بأن (هذا نماء له حد فلم يتبع أصله في البيع كالزرع في الأرض)، المغني ٤/٦٣.

(٤) مواهب الجليل ٤/٤٩٦، وجواهر الإكليل ٢/٥٩، والمنتقى ٤/٢١٥ .

(٥) المهذب ١/٢٧٨، ونهاية المحتاج ٤/١٣٩، والأم ٣/٤١، والحاوي ٥/١٦١، ومغني المحتاج ٢/٨٦.

(٦) المغني ٤/٦٣، والانصاف ٥/٦٠، ونيل المآرب ٢/٧٩ - ٨٠).

(٧) المحلى ٨/٤٢٤ .

(٨) أخرجه البخاري ٢/١١٤ في كتاب البيوع باب من باع نخلاً قد أبرت أو أرضاً مزروعة أو بإجارة. رقم الحديث (٢٢٠٤)، ومسلم ٣/١١٧٢ في كتاب البيوع من باع نخلاً عليها ثمر رقم الحديث (١٥٤٣).

وجــه الدلالة من الحديث ظاهر حيث يدل الحديث بمنطوقه ومفهومه على ما قاله الجمهور :

فمنطوق الحديث يدل على أن الثمرة بعد التأبير تكون للبائع إلا أن يشترطها المشتري.

ومفهوم الحديث يدل على أن الثمرة قبل التأبير تكون للمشتري، فالنبي صلى الله عليه وسلم جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة فدل ذلك على أن ما قبله للمشتري، وإلا لم يكن حداً، ولا كان لذكر التأبير فائدة(١).

والسـبكي(٢) في تكملته للمجموع ينقل عن أبي حامد الاسفراييني(٣) أن الحديث فيه أدلة ثلاثة على قول الجمهور:

الدليل الأول : دليل الخطاب، وذلك أن الطلع له وصفان مؤبر وغير مؤبر، فلما جعله النبي صلى الله عليه وسلم إذا كان مؤبراً للبائع دل على أن غير المؤبر للمشتري.

الدليل الثـاني : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من باع نخلاً بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع»(٤)، فجعلها للبائع بالشرط، وهو أن تكون مؤبرة، فعلم أنها إذا

---

(١) المغني ٤/٦٣، ونهاية المحتاج ٤/١٣٩، والذخيرة ٥/١٥٧.

(٢) هو علي بن عبد الكافي بن علي السبكي، من فقهاء الشافعية، نسبته إلى (سبك العبيد) بالمنوفية بمصر، ولد بها ثم انتقل إلى القاهرة وتوفي بها سنة ٧٥٦هـ. من مؤلفاته: «تكملة المجموع للنووي»، و«الابتهاج شرح المنهاج» .

[طبقات الشافعية ٦/١٤٦، شذرات الذهب ٦/١٨٠].

(٣) هو أحمد بن محمد بن أحمد الإسفراييني، نسبة إلى (إسفران)بخراسان، انتهت إليه رئاسة مذهب الشافعية في زمنه، ويقال أنه أفتى وهو ابن سبع عشرة سنة. توفي سنة ٤٠٦هـ. من مؤلفاته: «شرح المزني» نحو من خمسين مجلد.

[طبقات الشافعية ٠/٠٠٠، البداية والنهاية ١٢/ ٣ - ٤].

(٤) أخرج هذه الرواية مسلم ٣/١١٧٣ في كتاب البيوع رقم الحديث ١٥٤٣.

كانت غير مؤبرة فليست للبائع، لعدم الشرط، فمن قال إنها للبائع في الحالين فقد خالف من وجهين:

أحدهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم جعلها للبائع إذا أبرت بهذا الشرط، ولم يجعلها هو له بهذا الشرط.

الوجه الثاني : أن المخالف جعل غير المؤبرة للبائع مع عدم الشرط.

الدليل الثالث : أن النبي صلى الله عليه وسلم إما أن يكون ذكر التأبير بينها على أن غير المؤبر أولى بأن يكون للبائع، وإما أن يكون لتعيين أن غير المؤبر لا يكون للبائع، ولا سبيل إلى الأول، لأن المؤبر بائن ظاهر، وغير المؤبر كامن مستتر، وما كان مستتراً فهو أولى بالتبعية من الظاهر بدليل الحمل، فتعين الثاني، وهو أن يكون المقصود أن لا يكون للبائع عند عدم التأبير(١).

٢ - أنه نماء كامن لظهوره غاية، فكان تابعاً لأصله قبل ظهوره، وغير تابع له بعد ظهوره، كالحمل في الحيوان.

وهذا الدليل استدل به ابن قدامة(٢)، وهو دليل القياس، فقد شبه خروج الثمر بالولادة ، فكما أن من باع أمة لها ولد ، فولدها للبائع إلا أن يشترطه المشتري، فكذلك الأمر في الثمر المؤبر لا يتبع الأصل إلا أن يشترطه المشتري(٣).

---

(١) تكملة المجموع للسبكي ١١/٣٣٦ - ٣٣٧، وانظر روضة الطالبين ٣/٢٠٥.

(٢) المغني ٤/٦٣ ، وانظر الذخيرة ٥/١٥٧.

(٣) بداية المجتهد ٢/٢٢٦. وفي المنتقى ٤/٢١٥: (ومن جهة القياس أن هذا ظاهر متميز فلم يتبع الأصل بمطلق العقد كالجنين بعد الولادة). وقد ناقش الأحناف هذا الدليل بأن القياس غير صحيح: لأن الطلع لو كان كالحمل لوجب أن تكون الثمرة للمشتري وإن كانت قد ظهرت، لأنها متصلة بالأصل، وأجابوا أجوبة أخرى نقلها السبكي في تكملة المجموع ١١/٣٤٢.

المناقشة والترجيح :[(١)]

يظهر لي في هذه المسألة رجحان قول الجمهور في أن من باع شجرة أو نخلة قد أبرت فإن الثمرة تكون للبائع إلا أن يشترطها المشتري، وذلك لما يلي :

١ - صحة وصراحة الحديث الذي استدلوا به، حيث صرح النبي صلى الله عليه وسلم بهذا الحكم منطوقاً ومفهوماً[(٢)].

٢ - قول الأحناف مخالف للنص، والنص حجة عليهم، والقاعدة الأصولية تنص على أنه لا قياس مع النص[(٣)].

٣ - ثم قياسهم الثمرة على الزرع قياس منقوض، فإن الزرع ليس من نماء الأرض، وإنما هو مودع فيها، فالزرع نماء برز عن الأصل بخلاف الثمرة، والزرع ليس من أصل الخلقة فلذلك لم يتبع الأرض المبيعة، بخلاف الثمرة فإنها مستترة في الشجرة من أصل الخلقة[(٤)]، ثم هو قياس مع نص، ولا قياس مع النص.

٤ - ثم الحديث الذي استدلوا به حديث ضعيف، والذي صرح بتضعيفه الزيلعي وهو حنفي. ولو سلمنا بصحة الحديث فهو مطلق، وحديث ابن عمر مقيد

---

(١) هناك قول ثالث لابن أبي ليلى : وهو أن الثمرة للمشتري في الحالين قبل التأبير وبعده، ودليله أن الثمرة متصلة بالأصل اتصال خلقة فكانت تابعة له كالأغصان، فقاس دخول الثمرة على دخول أغصان الشجرة في البيع بجامع اتصال كل منها بالأصل اتصال خلقة. ورد عليه ابن قدامة بأنه مخالف لصريح حديث ابن عمر. المغني ٦٣/٤، وانظر فتح القدير ٢٨٣/٦.

(٢) ناقش الأحناف هذا الدليل بقولهم : إن الاستدلال بالحديث بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به، كما في فتح القدير ٢٨٣/٦، وحاشية ابن عابدين ٣٧/٤، وبدائع الصنائع ١٦٤/٥، وحملوا لفظ التأبير على الإثمار، فالإبار علامة على الإثمار، فقوله: «نخلاً مؤبراً»: أي مثمراً. انظر مختصر اختلاف العلماء ٩٦/٣.

(٣) انظر القاعدة في المستصفى للغزالي ٣٤٨/٢، وشرح الكوكب المنير للفتوحي ٨٥/٤.

(٤) تكملة المجموع للسبكي ٣٤٠/١١ .

فيحمل المطلق على المقيد كما هو مشهور في علم الأصول والذي يوافق عليه الأحناف أنفسهم[١]، كما يقول ابن الهمام: (ولو صح حديث محمد رحمه الله[٢]، فهم يحملون المطلق على المقيد، وعلى أصول المذهب أيضاً يجب لأنه في حادثة واحدة في حكم واحد)[٣].

٥ - أن الثمرة قبل التأبير غير ظاهرة، لأن الثمرة المقصودة مستترة في الكمام، فحيث ظهرت عن الكمام - بالتأبير أو بغيره - كانت للبائع، فمن جعلها للبائع من غير تأبير ولا ظهور كان مخالفاً للفظ الحديث ومعناه[٤]. والله أعلم .

---

(١) انظر القاعدة عند الأحناف : في فتح القدير ٦/٢٨٣، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٦٢ مادة رقم «٦٤» وتيسير التحرير ١/٣٣٤، وحاشية ابن عابدين ٤/٣٧.

(٢) يقصد مارواه محمد بن الحسن في شفعة الأصل من حديث «من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع» ، فتح القدير ٦/٢٨٣، وبدائع الصنائع ٥/١٦٤.

(٣) فتح القدير ٦/٢٨٣.

(٤) تكملة المجموع للسبكي ١١/٣٤٠.

الفرع الثاني : الحكم إذا اشترط أحد المتبايعين الثمرة :

ذكرنا في الفرع السابق الحكم فيما إذا وقع البيع على شجرة مثمرة قد أبرت دون اشتراط الثمرة من أحد المتبايعين، وأن الثمرة تكون للبائع، وفي هذا الفرع نذكر مسألة أخرى وهي ما إذا وقع البيع على هذه الشجرة المثمرة واشترط أحد المتبايعين الثمرة فلمن تكون؟

في ذلك خلاف بين الفقهاء على النحو التالي :

القول الأول : أن الثمرة تكون لمن اشترطها سواء كان البائع أم المشتري قبل التأبير أو بعده، وهو قول أبي حنيفة(١) والشافعي(٢) وأحمد(٣)، وقول للمالكية(٤). وهو قول الزيدية(٥).

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - أن البائع إذا اشترط الثمرة فقد استثنى بعض ما وقع عليه العقد، وهو معلوم غير مجهول، فصح، كما لو باع بستاناً واستثنى نخلة بعينها(٦).

٢ - ما ورد عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا(٧) إلا أن تعلم(٨).

---

(١) مختصر الطحاوي (٧٨) ، وفتح القدير ٦/٢٨٣، وحاشية ابن عابدين ٤/٣٧.

(٢) تكملة المجموع للسبكي ١١/٣٤٧، ونهاية المحتاج ٤/١٣٨، وروضة الطالبين ٣/٢٠٥ .

(٣) المغني ٤/٦٣، والمبدع ٤/١٦٣، والكافي ٢/٦٩.

(٤) حاشية الدسوقي ٣/١٧٢، والذخيرة ٥/١٥٧.

(٥) البحر الزخار ٤/٣١٥ - ٣١٦.

(٦) المغني ٤/٦٣.

(٧) الثُّنْيا : هي أن يُستثنى في عقد البيع شيء مجهول فيفسد، وقيل هو أن يباع شيء جزافاً فلا يجوز أن يستثنى منه شيء قل أو كثر. غريب الحديث ١/٢٢٤، وقيل: هي الاستثناء في البيع نحو أن يبيع الرجل شيئا ويستثنى بعضه، فإن كان الذي استثناه معلوماً صح باتفاق، وإن كان مجهولا ففيه خلاف. انظر نيل الأوطار ٥/١٧١.

(٨) أخرجه أبو داود ٣/٦٩٥ في كتاب البيوع باب في المخابرة. رقم الحديث (٣٤٠٥) والترمذي =

وجه الدلالة من الحديث :

أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع شيء واستثناء شيء مجهول منه، وبمفاده جواز استثناء الشيء المعلوم، وما تم اشتراطه من قبل المشتري أو البائع يعتبر استثناء معلوماً من المبيع فصح البيع[١].

٣ – أن البائع أحد المتبايعين ، فصح اشتراطه للثمرة كالمشتري، وقد ثبت صحة اشتراط المشتري بقوله صلى الله عليه وسلم: «إلا أن يشترطها المبتاع»[٢]، فكيف يفرق بينهما فيصح الاشتراط من جهة المشتري، ولا يصح من جهة البائع؟ فحكمهما سواء[٣].

القول الثاني : التفريق بين اشتراط المشتري بعد التأبير، واشتراط البائع قبله. فإن اشترط المشتري الثمرة وقد أبرت جاز الاشتراط، وإن اشترطها البائع قبل التأبير لم يجز.

وهو قول مالك[٤]، والظاهرية[٥].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

= ٣/٥٨٥ في كتاب البيوع باب ما جاء في النهي عن الثنيا رقم الحديث (١٢٩٠). والحديث أخرجه مسلم ٣/١١٧٥ في كتاب البيوع باب النهي عن المحاقلة والمزابنة. رقم الحديث (١٥٣٦) بدون لفظ: «إلا أن تعلم».

(١) المغني ٤/٦٣.

(٢) تقدم تخريجه ص ٢٥٥ .

(٣) المغني ٤/٦٣، وانظر روضة الطالبين ٣/٢٠٥.

(٤) في المشهور من المذهب كما في مواهب الجليل ٤/٤٩٥، والكافي ٢/٤٥، والذخيرة ٥/١٥٧ .

(٥) المحلى ٨/٤٢٤.

١ - أن هذا خلاف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم، حيث ذكر الرسول صلى الله عليه وسلم أن الثمرة بعد التأبير للبائع إلا أن يشترطها المشتري، أما قبل التأبير فهي للمشتري اشترطها أو لم يشترطها، وعلى هذا لا يجوز للبائع أن يشترطها، لأنه باشتراطها خالف أمر النبي صلى الله عليه وسلم[١].

٢ - أنه يجوز أن يشترط المشتري الثمرة بعد التأبير لأنه بمنزلة شرائها مع أصلها، أما إذا اشترطها البائع قبل التأبير فلا يجوز، لأن اشتراطه لها قبل بدء صلاحها بشرط تركها ، وهذا لا يجوز.

ويعلل الباجي والقاضي عبدالوهاب لقول المالكية بأن البائع إذا استثنى الثمرة بالاشتراط فقد وقع في المحظور، لأن الثمرة قبل التأبير كامنة غير ظاهرة، فهي كالجنين في بطن أمه، واستثناء الجنين إذا بيعت الأم غير جائز، فكذلك هنا[٢].

أما الدسوقي فيعلل للمشهور من قول المالكية، بأن ذلك بناء على أن المستثنى المشترط من قبل البائع مشترى من قبل المشتري، فكيف يحل للبائع أن يشترطه[٣].

المناقشة والترجيح :

بعد عرض أقوال الفقهاء في مسألة اشتراط أحد المتبايعين الثمرة، يترجح لي قول الجمهور في أن الثمرة لمن اشترطها سواء كان المشتري أو البائع، وذلك لما يلي :

١ - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « المسلمون على

---

(١) المحلى ٤٢٤/٨.

(٢) المنتقى ٢١٧/٤، والمعونة ١٠١٢/٢، وانظر الذخيرة ١٥٧/٥.

(٣) حاشية الدسوقي ١٧٢/٣ .

شـروطهم»[١]، فمتى كان الاشتراط صحيحاً لا مفسدة فيه، وكان موافقاً لمصلحة المتبايعين أو أحدهما، فالبيع يكون صحيحاً، فاشتراط البائع الثمرة قبل التأبير اشتراط صحيح، بعد رضى المشتري به، ولا يترتب عليه مفسدة، بل يحقق مصلحة للبائع.

٢ - أنه لا فرق في هذه المسألة بين اشتراط المشتري واشتراط البائع، فالحديث نص على جواز اشتراط المشتري الثمرة بعد التأبير، وهي له قبل التأبير ولو بدون اشتراط، كما نص على أن الثمرة للبائع بعد التأبير ولو لم يشترطها، فلم يبق إلا حالة واحدة وهي اشتراط البائع الثمرة قبل التأبير، فجاز حيث لا دليل على التفريق بين الاشتراطين : اشتراط البائع واشتراط المشتري.

٣ - قياس المالكية اشتراط البائع للثمرة على استثناء الجنين إذا بيعت أمه، قياس لا يستقيم، فالجنين في بطن أمه في حكم المعدوم، إذ أن هناك احتمال في عدم خروجه أو خروجه ميتاً، أما الثمرة فهي موجودة معلومة إلا أنها لم تؤبر، واستثناء شيء معلوم من المبيع جائز ولا يدخل في نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الثنيا، إذ في الحديث استثناء وهو قوله: «إلا أن تعلم»[٢]، والثمرة هنا معلومة. والله أعلم .

---

(١) أخرجه أبو داود ٤/٢١ في كتاب الأقضية في الصلح رقم الحديث (٣٥٩٤)، والترمذي ٣/٦٣٥ في كتاب الأحكام باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس. رقم الحديث (١٣٥٢) وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) تقدم تخريجه ص ٢٣٨ .

الفرع الثالث : هل للبائع أن يبقي ثمرته على الشجر إلى أوان القطع؟

إذا كانت الثمرة من حق البائع، فهل له تركها على رؤوس الشجر إلى أوان القطع أو يجب عليه قطعها وتفريغ الشجر منها ؟

هذا مما اختلف الفقهاء فيه على النحو التالي :

القـول الأول : أن للبائع أن يبقي الثمرة حتى وقت الجز والقطع، ولا يلزمه قطعها وتفريغ الشجر منها، وهو قول المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣]. والزيدية[٤].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - دليل العرف والعادة ، وهما يقتضيان بأن وقت تفريغ الشجر من الثمرة إذا جاء وقت الجز والقطع وذلك بحسب العرف والعادة[٥].

وهذا يؤخذ به حسب القاعدة الفقهية الكلية: «العادة محكمة»[٦].

وقد صرح ابن رجب الحنبلي[٧] بهذه المسألة في كتاب القواعد، حيث ذكر أن

---

(١) الذخيرة ٥/١٥٩، والمعونة ٢/١٠٠٧، وبلغة السالك ٢/٨٣.

(٢) تكملة المجموع للسبكي ١١/٣٣١، والأم ٣/٤٢، وروضة الطالبين ٣/٢٠٤.

(٣) الإنصاف ٥/٦٠، وكشاف القناع ٣/٢٧٩، والمقنع شرح مختصر الخرقي ٢/٦٧٤ .

(٤) البحر الزخار ٤/٣١٦.

(٥) المغني ٤/٦٤، والقواعد لابن رجب (٤٢).

(٦) انظر هذه القاعدة في : الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٣) والأشباه والنظائر للسيوطي (٨٩)، والمنثور ٢/٣٥٦، ودرر الحكام ١/٤٤ مادة «٣٦».

(٧) هو عبد الرحمن بن أحمد بن أحمد بن رجب. من علماء الحنابلة، برع في الفقه والأصول والحديث. ولد ببغداد، وتوفي بدمشق سنة ٧٩٥هـ. من مؤلفاته: «جامع العلوم والحكم»، و«القواعد».

[البدر الطالع ١/٣٢٨، معجم المؤلفين ٥/١١٨].

المشتري إذا اشترى شجراً عليه ثمر صح البيع، وأنه يقع بقاء الثمر مستثنى إلى أوان تفريغه على ما جرت به العادة[١].

٢ - أن المشتري دخل في البيع على بصيرة وعلم، فقد وافق على اشتراط البائع للثمرة، فلا يحق له أن يأمره بالقطع، إلا في حالة واحدة، وهي أن يكون قد اشترطه عليه[٢].

٣ - ما ذكره الباجي من أن هذا استحقاق يجدد على أرض فيها زرع للمستحق عليه، فلم يجبر على نقله قبل أوانه كالشفعة[٣].

القول الثاني : أنه يلزم البائع قطع الثمرة وتفريغ الشجر منها، وهو قول الحنفية[٤].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - قالوا : إن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه، كما لو باع داراً فيها طعام أو قماش أو نحو ذلك[٥].

ويعلل الكاساني لقول الحنفية بأن (البيع يوجب تسليم المبيع عقيبه بلا فصل، لأنه عقد معاوضة، تمليك بتمليك، وتسليم بتسليم، فالقول بتأخير التسليم يغير مقتضى العقد)[٦].

٢ - القول بأن العادة أن الثمرة تترك على الشجرة إلى وقت الإدراك،

---

(١) القواعد (٤٢) القاعدة الثالثة والثلاثون . وانظر المبدع ١٦٢/٤، والمهذب ٢٨١/١.

(٢) المبدع ١٦٣/٤، والكافي ٧١/٢.

(٣) المنتقى ٢١٥/٤ .

(٤) مختصر الطحاوي (٧٨) ، وبدائع الصنائع ١٦٦/٥، وفتح القدير ٢٨٤/٦ .

(٥) فتح القدير ٢٨٤/٦، وحاشية ابن عابدين ٣٨/٤.

(٦) بدائع الصنائع ١٦٦/٥ .

هذا يكون قبل البيع، أما بعده فممنوع ، لأنـــه يجب قطعها بعده وعدم تركها ، لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع، فلابد من إزالة الشغل، وذلك بقطع الثمرة[١].

المناقشة والترجيح :

يظهر لي في هذه المسألة رجحان القول الأول ، وهو أنه لا يجب على البائع قطع الثمرة، وأن له أن يبقيها إلى أوان الجذاذ[٢]، وذلك لما يلي :

١ - أن السماح للبائع بإبقاء الثمرة إلى أوان القطع موافق للعلة التي ذكرها النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث، حيث جعل الثمرة المؤبرة للبائع، فإن المعنى المقصود هو استفادة البائع من الثمرة، فالغرض من اشتراط البائع الثمرة إنما هو لقصد الانتفاع، وهذا إنما يحصل بأن تبلغ الثمرة مستوى القطع والجز كحد نهائي.

فإن أجبر البائع على قطعها قبل أوان الجذاذ كان في ذلك مضرة عليه وخسارة، حيث يتكلف قطع شيء لا فائدة فيه، فيحصل بذلك إتلاف للمال في غير وجه مشروع.

٢ - أن المتعاقدين ملزمان بالعمل بحسب ما اشترطا عليه من شروط لحديث: «المسلمون على شروطهم»[٣]، أما إذا لم يكن هناك شرط، فلا يحق لأحد المتعاقدين

---

(١) بدائع الصنائع ١٦٦/٥، وفتح القدير ٢٨٤/٦.

(٢) الجذاذ : قطع الثمرة، يقال قد أجذ النخل أي حان له أن يجذ، وهذا زمان الجذاذ، وجذ الشيء إذا قطعه، وكذا الجذاذ في الرطبة وهو قطعها أيضا. النظم المستعذب لابن بطال ٢٨١/١.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٠/٤) في كتاب الأقضية باب في الصلح رقم الحديث (٣٥٩٤) والترمذي (٦٣٥/٣) في كتاب الأحكام باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس رقم الحديث (١٣٥٢) والحاكم (٤٩/٢) في كتاب البيوع باب المسلمون على شروطهم. والبيهقي (٧٩/٦) في كتاب الشركة باب الشرط في الشركة. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وقال الألباني في إرواء الغليل (١٤٢/٥) : صحيح.

أن يأمر الآخر بأمر لم يلزمه، فالمشتري عندما دخل البيع كان عالماً بأحقية الثمرة للبائع، ولم يشترط عليه قطع الثمرة، فكيف يحق له أن يأمر البائع بالقطع وهو لم يشترطه؟.

٣ - قول الأحناف أن ملك المشتري مشغول بملك البائع فيجب تفريغه وتسليمه كما لو باع داراً فيها طعام أو نحو ذلك، هذا القياس منقوض بقياس مثله، وهو أن من باع داراً فيها طعام فإنه لا يجب نقله إلا على حسب العادة والعرف في ذلك، وهو نقله حسب استطاعته نهاراً، وشيئا فشيئاً، ولا يلزمه أن ينقله ليلاً، أو استئجار وسائل كبيرة لنقله، فكذلك ههنا يفرغ النخل من الثمرة في أوان تفريغها، وهو أوان جذاذها(١).

٤ - أن الإطلاق في العقود محمول على العرف فيكون كالمشترط، والقاعدة المشهورة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»(٢).

وهذا يشمل أموراً كثيرة كالسير والحمولة والنقد، ونقل ما ينقل من المبيعات، وكذلك العرف في الثمار، إذا بيعت فإن تبقيتها تكون إلى وقت الجذاذ والإدراك، فوجب حمل الإطلاق على ذلك، وهو استحقاق البائع تبقية الثمرة إلى أوان جذاذها(٣).

ومما ذكره ابن قدامة وغيره في هذه المسألة : ما هو المرجع في جز الثمرة؟ حيث بين أن المرجع هو ما جرت به العادة، فإذا كان المبيع نخلاً، فحين تتناهى حلاوة ثمره إلا أن يكون مما بسره خير من رطبه، أو ما جرت العادة بأخذه بسراً،

---

(١) انظر المغني ٦٢/٤، والمهذب ٢٨١/١، والمقنع شرح مختصر الخرقي ٦٧٤/٢.

(٢) انظر هذه القاعدة في : درر الحكام ٥١/١ مادة «٤٣» ، والأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٩)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٩٦) والمنثور ٣٦٢/٢.

(٣) انظر المعونة ١٠٠٧/٢.

فإنه يجزه حين تستحكم حلاوة بسره، لأن هذا هو العادة، فإذا استحكمت حلاوته فعليه نقله، وإن قيل بقاؤه في شجرة خير له وأبقى فعليه النقل، لأن العادة في النقل قد حصلت، وليس (به)[1] إبقاؤه بعد ذلك، وإن كان المبيع عنبا أو فاكهة سواه، فأخذه حين يتناهى إدراكه، وتستحكم حلاوته، ويجز مثله[2].

ويلاحظ أن ابن قدامة يرجع ذلك كله إلى العرف، وما اعتاده الناس في بيوعاتهم، وهو معتبر كما مر في كثير من المسائل. والله أعلم .

---

(١) هكذا في المصدر ولعلها (له) .

(٢) انظر المغني ٦٤/٤، وشرح منتهى الإرادات ٢٠٩/٢، ومطالب أولي النهى ١٩٦/٣، ونهاية المحتاج ١٤٣/٤.

المطلب الثاني : بيع الأرض :

ذكر الفقهاء في باب بيع الأصول والثمار مسألة بيع الأرض وما يدخل فيها، فإذا اشترى مشتر أرضاً فما الذي يتبع الأرض في البيع؟ وما الذي يدخل فيها؟

لا يختلف الفقهاء في دخول ما اشترط عليه، لوجوب الالتزام بتنفيذ الشرط، وإنما الخلاف عند الاطلاق وعدم ذكر الشرط، أو عند ذكر عبارات محتملة في العقد، ومختلف في المراد منها.

وما يهمنا في بحثنا هو ما يتعلق بالجوائح، ويمكن أن نحصر الكلام في هذا المطلب في المسألتين الآتيتين :

المسألة الأولى : ما يدخل في بيع الأرض .

المسألة الثانية : بيع الأرض المحتوية على زرع .

المسألة الأولى : ما يدخل في بيع الأرض .

يكاد يتفق الفقهاء على أن من باع أرضاً فإنه يدخل فيها الغراس والبناء والشجر، والعلة في ذلك هي اتصالها بالأرض اتصال قرار، ولأنها من حقوقها، كما يدخل فيها أيضا الحجارة المخلوقة والمثبتة فيها لأنها من أجزائها دون المدفونة كالكنز.

وهذا يتفق عليه جميع المذاهب في الجملة إلا أن لفقهاء المذاهب بعض التفصيلات والاستثناءات وبيان ذلك فيما يلي :

١ - يرى الحنفية أن من باع أرضاً فإنه يدخل فيها النخل والشجر وإن لم يسمه البائع لأنه متصل بها للقرار فأشبه البناء.

ويذكر ابن الهمام(١) أن محمداً بن الحسن لم يفرق بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل.

أما الزيلعي فيذكر خلافا في المذهب في هذه المسألة، فمنهم من قال لا يدخل الشجر غير المثمر والشجر الصغير، لأن غير المثمر يقلع للحطب والخشب ليبنى عليها، والصغيرة تنقل من مكانها فصارا كالزرع.

ومنهم من قال : يدخل الشجر الصغير ، وغير المثمر في البيع، لأن نهايتها ليس لها حد معلوم بخلاف الزرع(٢).

---

(١) هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد الشهير بابن الهمام. من أئمة الحنفية، كان مفسراً حافظا متكلما، ممارساً في البحث فروعياً وأصولياً ومحدثاً ونحوياً. أقام بالقاهرة. توفي سنة ٨٦١هـ. «مؤلفاته من فتح القدير شرح الهداية»و «التحرير في أصول الفقه».

[الفوائد البهية ١٨٠ - ١٨١، الجواهر المضية ٢/ ٨٦].

(٢) تبيين الحقائق ٤/ ٩، وفتح القدير ٦/ ٢٨٢، وحاشية ابن عابدين ٤/ ٣٥.

كما ذكر بعض الحنفية أيضاً أن الشجرة اليابسة لا تدخل في البيع لأنها على شرف القلع، فهي كحطب موضوع فيها.

كما لا يدخل أيضاً الشِّرب[١] والطريق في بيع الأرض إلا بذكر الحقوق[٢].

٢ - ويرى المالكية أن بيع الأرض يندرج تحته الأشجار والبناء الذي بها إذا لم يكن شرط ولا عرف، فإذا اشترط البائع إفراد الأرض عن البناء والشجر، أو جرى العرف بذلك فإنهما لا يدخلان في العقد على الأرض.

ويذكر القرافي أن الأرض تندرج تحتها الأشجار والبناء دون الزرع الظاهر كمأبور الثمار، فإن كان كامناً اندرج على أحد الروايتين[٣].

وفي حاشية الدسوقي: (تناول العقد على الأرض ما فيها من بناء وشجر، ومحل ذلك إن لم يكن شرط أو عرف)[٤].

ويذكر المالكية كذلك أنه يدخل في بيع الأرض الحجارة المخلوقة والمثبتة فيها، دون المدفونة، إلا أن القرافي ذكر ضابطاً في ذلك، وهو أن المدفونة لا تدخل في بيع الأرض إلا على القول بأن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها[٥].

فالمعلوم من مذهب ابن القاسم كما يقول الحطاب هو أنه لا حق للمشتري

---

(١) الشِّرب: النصيب من الماء المخصص لسقيا المزارع والدواب ونحوهما. أنيس الفقهاء (٢٨٤)، والمغرب (١/٤٣٦)، والمفردات (٢٥٧)، وانظر المصباح المنير (١١٧)، ومختار الصحاح (١٤٠) مادة «شرب».

(٢) فتح القدير ٦/٢٨٢، والفتاوى الهندية ٣/٣٣، والاختيار ١/٢٣٥.

(٣) الذخيرة ٥/١٥٥.

(٤) حاشية الدسوقي ٣/١٧٠ - ١٧١.

(٥) الذخيرة ٥/١٥٥.

فيما وجد تحت الأرض من بئر أو جب أو رخام أو حجارة، فهي للبائع إن ادعاها[(١)].

٣ – والشافعية يوافقون الحنفية والمالكية في دخول البناء والشجر في بيع الأرض، إلا أن بعضهم قال بالتفصيل وهو ما يلي:

أ – إن قال بعتك هذه الأرض وكان فيها أبنية وأشجار وقال: بعتك دون ما فيها من الشجر والبناء لم تدخل الأشجار والأبنية في البيع.

ب – وإن قال : بعتك بما فيها من الأشجار والأبنية دخلت الأشجار والأبنية.

جـ – وإن قال بعتك بحقوقها دخلت كذلك الأشجار والأبنية على الصحيح.

د – وإن أطلق ولم يقل بحقوقها فنص في المذهب على أنها تدخل[(٢)].

والشافعية مع قولهم بدخول الشجر في بيع الأرض، إلا أنهم فسروا الشجر الذي يتبع الأرض بالشجر الرطب دون اليابس.

وقد ذكر الشربيني الخطيب أن المذهب هو أنه يدخل في بيع الأرض الشجر الرطب دون اليابس[(٣)].

وكذلك في نهاية المحتاج قال : (أما الشجر اليابس فلا يدخل كما صرح ابن

---

(١) مواهب الجليل ٤/٤٩٥، وانظر جواهر الإكليل ٢/٥٩، وحاشية الدسوقي ٣/١٧٠ – ١٧١.

(٢) روضة الطالبين ٣/١٩٤، ونهاية المحتاج ٤/١١٩.

(٣) مغني المحتاج ٢/٨٠ .

الرفعة[١]، والسبكي وغيرهما)[٢].

٤ - ويتفق الحنابلة مع رأي الجمهور في دخول الغراس والبناء في بيع الأرض، فيدخل الغرس والبناء في بيع الأرض، ولو لم يقل بحقوقها، والعلة في ذلك هي اتصالهما بها، وكونهما من حقوقها، وما كان من حقوق الأرض يدخل فيها بالإطلاق كطرقها ومنافعها.

ففي المبدع : (وإن باع أرضاً بحقوقها دخل غراسها وبناؤها في البيع، لأنها من حقوق الأرض، ويتبعان من كل وجه، لأنه يتخذ للبقاء فيها، وليس لانتهائه مدة معلومة)[٣].

وفي المغني : (إذا باع أرضاً بحقوقها دخل ما فيها من غراس وبناء في البيع، لأنها من حقوق الأرض، ولذلك يدخلان إذا قال بحقوقها، وما كان بحقوقها يدخل فيها بالإطلاق كطرقها ومنافعها)[٤].

ويعلل البهوتي لذلك بأن الغراس والبناء من حقوق الأرض، ويتبعان الأرض من كل وجه، لأنهما يتخذان للبقاء فيها، وليس لانتهائها مدة معلومة، بخلاف الزرع والثمر[٥].

---

(١) هو أحمد بن محمد بن علي بن مرتفع الأنصاري المعروف بابن الرفعة، من فقهاء الشافعية، لقب بالفقيه، ودرس بالمدرسة المعزية. توفى سنة ٧١٠هـ. من مؤلفاته «المطلب في شرح الوسيط»، و«الكفاية في شرح التنبيه».

[شذرات الذهب ٢٢/٦، طبقات الشافعية ١٧٧/٥].

(٢) نهاية المحتاج ١١٩/٤ .

(٣) المبدع ١٥٩/٤ .

(٤) المغني ٦٩/٤ .

(٥) كشاف القناع ٢٧٥/٣ - ٢٧٦، وانظر المبدع ١٥٩/٤، وشرح منتهى الإرادات ٢٠٧/٢.

٥ – ويرى الظاهرية رأي الجمهور في دخول كل ما في الأرض من بناء وشجر، قال ابن حزم: (ومن اشترى أرضا فهي له بكل ما فيها من بناء قائم أو شجر نابت) ثم ذكر بيع الدار، ثم قال: (وهذا إجماع متيقن)[١].

٦ – وهذا أيضاً هو رأي الزيدية ففي الروض النضير: (يدخل في بيع الأرض: الشجر النابت إذا كان مما يبقي في العادة سنة فصاعداً كالنخيل والأعناب وأصول القصب والكراث)[٢].

٧ – ما سبق هو رأي جمهور الفقهاء في أن الأرض يدخل في بيعها الشجر والغراس ونحوهما، إلا أن الإمامية خالفوا في ذلك، واشترطوا شرطاً في تبعية الشجر للأرض المبيعة وهو أن ينص على ذلك في العقد صراحة أو يقل بحقوقها حتى يدخل في البيع[٣].

هذه هي أقوال فقهاء المذاهب في بيع الأرض وما يدخل فيها، ويلاحظ اتفاقهم في الجملة على دخول الغراس والبناء فيها عند الإطلاق.

وهناك قول عند الشافعية بعدم دخول الغراس والبناء إذا لم يقل بحقوقها وافق الإمامية.

كذلك وافق بعض الحنفية قولا للشافعية في أن الشجر الذي يتبع الأرض في البيع إنما هو الشجر الرطب بخلاف اليابس.

كما أن الجمهور على أن الحجارة المخلوقة والمثبتة في الأرض تدخل في بيعها دون المدفونة، وذكر بعض المالكية كالقرافي أن المدفونة تدخل على القول بأن

(١) المحلى ٩/٨٢ .

(٢) الروض النضير ٣/٢٨٠، والبحر الزخار ٤/٣١٤ .

(٣) انظر شرائع الإسلام ٢/٢٧ .

من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها.

وما ذهب إليه جمهور الفقهاء من دخول الشجر والبناء في بيع الأرض، ولو من غير نص هو الراجح، لأنهما يوجدان في العادة للبقاء والاستمرار لفترة طويلة، فيعتبران في هذه الحالة كأنهما جزء من الأرض التي فيها. والله أعلم.

المسألة الثانية : بيع الأرض المحتوية على زرع .

ذكرنا في المسألة السابقة ما يدخل في بيع الأرض من غراس وبناء ونحوها مما هو كالجزء من الأرض في قول جمهور الفقهاء.

وهنا مسألة أخرى ، وهي ما إذا كانت الأرض محتوية على زرع، فلمن تكون ملكية الزرع عند بيع الأرض، هل تكون للبائع أو للمشتري.

عند النظر في أقوال الفقهاء والتدقيق فيها نجد أنه لا خلاف في أن الأرض إذا كانت تحتوي على زرع لا يحصد إلا مرة واحدة كالحنطة والشعير ونحوهما مما هو مستتر كالجزر والفجل والبصل والثوم: أنه للبائع، إلا أن يشترطه المشتري.

وأن الأرض إذا كانت تحتوي على زرع يجز مرة بعد أخرى، فإن الأصول للمشتري والزرع أو الجزة الظاهرة عند البيع للبائع.

وعلى ذلك عبارات فقهاء المذاهب :

١ - الحنفية :

ففي فتح القدير : (ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل بها للفصل - أي لفصل الآدمي إياها لانتفاعه بها - فشابه المتاع الذي فيها)(١).

وفي حاشية ابن عابدين : (ولا يدخل الزرع في بيع الأرض بلا تسمية)(٢).

ويلاحظ أن الأحناف يرون عدم دخول الزرع في بيع الأرض إلا إذا اشترطه المشتري، أي أن الزرع للبائع سواء كان ما يحصد مرات أو مرة واحدة.

---

(١) فتح القدير ٢٨٢/٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٧/٤ .

وهذا عند الحنفية إذا كان الزرع النابت في الأرض المبيعة له قيمة، أما إذا نبت ولا قيمة له، كأن يكون ارتفاعه عن الأرض قليلاً بحيث لا يصلح للبيع لعدم الاستفادة منه لرعي المواشي، فقد اختلف الأحناف فيه على قولين: أصحهما دخوله في العقد بلا ذكر[١].

٢ - المالكية :

في الذخيرة (الأرض تندرج تحتها الأشجار والبناء دون الزرع الظاهر كمأبور الثمار، فإن كان كامناً اندرج على أحد الروايتين)[٢].

وفي الكافي : (وإذا بيعت الأرض بحقوقها دخل في البيع كل بناء وأصل مثبت فيها ولم يدخل فيه ثمرة، ولا زرع إلا باشتراط)[٣].

وفي الشرح الصغير : (لا يتناول بيع الأرض الزرع الظاهر عليها بل هو لبائعه، إلا لشرط أو عرف، لأن ظهوره على الأرض إبار له فيكون لمالكه عند عدم الشرط أو العرف)[٤].

والملاحظ أن المالكية يرون عدم دخول الزرع الظاهر في بيع الأرض، فهو للبائع، إلا أنه يكون للمشتري بأمرين: إما بالاشتراط أو بالعرف. فهم يوافقون الحنفية في عدم دخول الزرع في بيع الأرض إلا بالاشتراط[٥].

---

(١) فتح القدير ٢٨٢/٦، وحاشية ابن عابدين ٣٧/٤، وتبيين الحقائق ١١/٤.

(٢) الذخيرة ١٥٥/٥ .

(٣) الكافي لابن عبد البر ٤٧/٢ .

(٤) الشرح الصغير ٨١/٢ - ٨٢.

(٥) انظر حاشية الدسوقي ١٧١/٣، والتاج والإكليل ٤٩٥/٤، والقوانين (٢٨٨) .

٣ - الشافعية :

في المهذب : (وإن باع أرضاً وفيها نبات غير الشجر فإن كان مما له أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرطبة والبنفسج[١] والنرجس[٢] والنعنع والهندبا[٣] والبطيخ والقثاء، دخل الأصل في البيع، وما ظهر منه فهو للبائع، وما لم يظهر فهو للمشتري كالأشجار، وإن كان مما لا يحمل إلا مرة كالحنطة والشعير لم يدخل في بيع الأصل لأنه نماء ظاهر لا يراد للبقاء فلم يدخل في بيع الأصل)[٤].

وقال النووي : (الزرع ضربان : الأول : ما يؤخذ دفعة واحدة، كالحنطة والشعير، فلا يدخل في مطلق بيع الأرض). قال: (الضرب الثاني: ما تؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى في سنتين أو أكثر، كالقطن الحجازي، والنرجس، والبنفسج، فالظاهر من ثمارها عند بيع الأرض يبقى للبائع). قال: (وأما ما يجز مراراً كالقت[٥]، والقصب، والهندباء، والنعنع، والكرفس[٦] والطرخون[٧]، فتبقى جزتها الظاهرة عند البيع للبائع)[٨].

---

(١) البنفسج : نبات زهري يزرع للزينة، ولزهوره رائحة عطره، المعجم الوسيط (٧١) .

(٢) النرجس: نبت من الرياحين جميل الزهر طيب الرائحة، المعجم الوسيط (٩١٢)، والقاموس ٢/٣١٩، مادة «رجس».

(٣) الهندبا : بقل زراعي حولي من الفصيلة المركبة يطبخ ورقه، المعجم الوسيط (٩٩٧)، ومعجم النبتات الطبية (١٣٣).

(٤) المهذب ١/٢٨٠ .

(٥) القت : نبات عشبي كلئي فيه أنواع تزرع وأخرى تنبت برية في الحقول، المعجم الوسيط (٧١٤)، ونهاية المحتاج (٤/١٢١).

(٦) الكرفس : عشب ثنائي الحول ثمرته جافة منشقة تنقسم إلى ثميرتين، المعجم الوسيط (٧٨٣).

(٧) الطرخون : بقلة زراعية معمرة تزرع لرائحة أوراقها، المعجم الوسيط (٥٥٣).

(٨) روضة الطالبين ٣/١٩٥ - ١٩٦.

ويلاحظ أن الشافعية يوافقون الحنفية والمالكية في عدم دخول الزرع الظاهر في بيع الأرض، فيكون للبائع سواء كان مما يؤخذ دفعة واحدة كالحنطة والشعير، أو تؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى، أو ما يجز مراراً[١].

٤ - الحنابلة :

قال ابن قدامة : (إذا باع الأرض وفيها زرع لا يحصد إلا مرة كالحنطة، والشعير، والقطاني[٢]، وما المقصود منه مستتر كالجزر والفجل والبصل والثوم وأشباهها، فاشترطه المشتري فهو له). قال: (لكونه دخل في البيع للأرض) قال: (وإن أطلق البيع فهو للبائع لأنه مودع في الأرض فهو كالكنز).

وقال : (وإن باع أرضاً وفيها زرع يجز مرة بعد أخرى فالأصول للمشتري، والجزة الظاهرة عند البيع للبائع). وقال: (وكذلك إن كان الزرع مما تكرر ثمرته كالقثاء والخيار والبطيخ والباذنجان وشبهه، فهو للمشتري، والثمرة الظاهرة عند البيع للبائع، لأن ذلك مما تتكرر الثمرة فيه فأشبه الشجر)[٣].

ويلاحظ أن الحنابلة يوافقون من سبقهم من الجمهور في أن الزرع لا يدخل في بيع الأرض، وأن الزرع الذي يجز مرة بعد أخرى أصوله للمشتري، والجزة الظاهرة للبائع، والذي يجز مرة واحدة يكون للمشتري إذا اشترطه، ومفهومه أنه للبائع من غير اشتراط[٤].

---

(١) انظر نهاية المحتاج ١٢٤/٤، ومغني المحتاج ٨١/٢ ، وحاشية البيجرمي على المنهج ٢٩٠/٢ - ٢٩١.

(٢) القطاني : ما يدخر في البيت من الحبوب ويطبخ مثل العدس، المعجم الوسيط (٧٤٨) ، والمصباح المنير (١٩٤) مادة «قطن».

(٣) المغني ٦٧/٤ - ٦٨.

(٤) انظر المبدع ١٦٠/٤، وكشاف القناع ٢٧٧/٣، والإنصاف ٥٧/٥ - ٥٨، .

٥ - الظاهرية :

رأي الظاهرية موافق لرأى الجمهور في كون الزرع للبائع، كما جاء في المحلى: (ولا يكون له الزرع الذي يقلع ولا ينبت، فهو لبائعه)[١].

٦ - الزيدية :

يرى الزيدية أن الزرع لا يدخل في بيع الأرض فهو للبائع ما لم يشترطه المشتري، ففي الروض النضير: (ولا خلاف يعلم في أن الزرع للبائع إن لم يشترطه المشتري، ووجهه أن مباشرة عمله والقيام عليه بمنزلة التأبير)[٢].

هذه هي أقوال الفقهاء في مسألة بيع الأرض المحتوية على زرع، والتي تتفق بمجملها - وإن كان هناك بعض التفصيلات في بعض المذاهب - على أن الأرض إذا كانت تحتوي على زرع لا يحصد إلا مرة واحدة فالزرع لا يدخل في البيع فهو لبائعه ما لم يشترطه المشتري، وإن كانت الأرض تحتوي على زرع يجز مرة بعد أخرى فإن الأصول للمشتري، والزرع أو الجزة الظاهرة للبائع.

---

(١) المحلى ٩/٨٢ .

(٢) الروض النضير ٣/٢٨٢ ،

المبحث الثاني
أحكام بيع الثمار

بينت في المبحث السابق الأحكام الخاصة ببيع الأصول والتي لها ارتباط ظاهر بأحكام الجوائح، وأبين في هذا المبحث الأحكام الخاصة ببيع الثمار، موضحاً معنى الثمار، وما ذكره الفقهاء من صفة بدو صلاح الثمار، وحكم بيع الثمار قبل بدو صلاحها، وبعد بدو صلاحها، وذلك في المطالب الآتية :

المطلب الأول : صفة بدو صلاح الثمار.

المطلب الثاني : بيع الثمار قبل بدو صلاحها.

المطلب الثالث : بيع الثمار بعد بدو صلاحها.

المطلب الأول : صفة بدو صلاح الثمار :

قبل أن أبين كلام الفقهاء في صفة بدو صلاح الثمار يجدر بي هنا أن أذكر المقصود من الثمار.

الثمار جمع ثمر ، والثمر كما في القاموس: حمل الشجر(١). وفي المصباح المنير: (الثمر هو الحمل الذي تخرجه الشجرة سواء أكل أو لا)(٢).

وكل ما يستطعم من حمل الشجر فهو ثمر، ففي الكليات: (الثمر : كل ما يستطعم من أحمال الشجر فهو ثمر)(٣).

ويذكر الراغب تعريف الثمر وأنه اسم لكل ما يتطعم من أعمال الشجر، فالواحدة ثمرة، والجمع ثمار وثمرات كقوله تعالى: «ومن ثمرات النخيل والأعناب»(٤). وقوله تعالى: «انظروا إلى ثمرة إذا أثمر وينعه»(٥). وذكر بعض الآيات(٦).

وفي النهاية : (الثمر الرطب مادام في رأس النخلة، فإذا قطع فهو الرطب، فإذا كنز فهو التمر)(٧).

---

(١) القاموس المحيط ١/٧١٥ مادة «ثمر».

(٢) المصباح المنير (٣٣) مادة «ثمر».

(٣) الكليات (٣٢٧) مادة «ثمر».

(٤) سورة النحل آية ٦٧.

(٥) سورة الأنعام آية ٩٩.

(٦) المفردات (٨١).

(٧) النهاية في غريب الحديث ١/٢٢١ .

ويذكر الدسوقي أنه يدخل في الثمار الفواكه والحبوب والبقول[١]. كما يذكر ابن عابدين أنه يقال: ثمر الأراك[٢]، والعوسج[٣]. وثمر العنب والنخل[٤].

ويدخل في الثمرة الورد والياسمين ونحوهما من المشمومات كما يذكر ابن الهمام[٥].

ويلاحظ من هذه التعريفات أن لفظ الثمار يقصد به الشجرة وحمل الشجر، ويشمل أنواعاً كثيرة كما ذكرها الفقهاء، إلا أن المقصود في هذا المبحث في الدرجة الأولى ثمار النخيل وما شابهها، حيث إن لها صلة وثيقة بأصل البحث وهو وضع الجوائح.

بعد بيان المقصود من الثمار، نذكر أصل المبحث وهو بيان صفة بدو صلاح الثمار، وهي مسألة مهمة لما لها من أثر في تغير أحكام بيع الثمار.

فالفقهاء ذكروا أحكام بيع الثمار قبل بدو صلاحها، وبعد بدو صلاحها، فكان لزاماً علينا أن نبين معنى هذا البدو حتى تتضح المسألتين.

والحقيقة أن للعلماء تفصيلاً في صفة بدو صلاح الثمرة، فجمهور الفقهاء يرون أن بدو الصلاح هو ظهور مبادىء النضج والحلاوة، بأن يتموه ويلين فيما لا يتلون، وأن يأخذ في الحمرة أو السواد أو الصفرة فيما يتلون.

---

(١) حاشية الدسوقي ١٧٦/٣ .

(٢) الأراك : نوع من الشجر يستاك بأغصانه بعد قطعها وبريها ودقها، المصباح المنير (٥) مادة «أرك»، ومعجم لغة الفقهاء (٥٣).

(٣) العوسج : جنس نبات شائك له ثمر مدور كأنه خرز العقيق، المعجم الوسيط (٦٠٠)، والمصباح المنير (١٥٥) مادة «عسج».

(٤) حاشية ابن عابدين ٣٧/٤ .

(٥) فتح القدير ٢٨٣/٦، وانظر لسان العرب ١٠٦/٤ مادة «ثمر» ، والدر النقي ٣٣٤/١.

أما الحنفية فبدو الصلاح عندهم أن تؤمن العاهة والفساد.

وسنذكر جملة من عبارات الفقهاء في معنى بدو الصلاح على اختلاف أجناس الثمار ليتضح لنا المعنى، وقبل ذلك يحسن بنا أن نذكر ما هو أهم، وهو ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم من أحاديث تبين معنى بدو الصلاح، حيث أخذ منها الفقهاء معنى عاماً لبدو الصلاح وهو طيب الأكل، ثم ذكروا علامات تفصيلية يأتي ذكرها. أما الأحاديث الواردةفكثيرة منها :

١ - عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تباع الثمرة حتى تشقح. فقيل: وما تشقح؟ قال: «تحمار وتصفار ويؤكل منها»(١).

٢ - عن أنس بن مالك رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه: «نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، وعن النخل حتى يزهو. قيل: وما يزهو؟ قال: «يحمار ويصفار»(٢). وفي لفظ: فقيل له، وما تزهي؟ قال: «حتى تحمر»(٣).

٣ - عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يطيب(٤).

---

(١) أخرجه البخاري ١١٢/٢ في كتاب البيوع باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها. رقم الحديث (٢١٩٦).

(٢) أخرجه البخاري ١١٢/٢ في كتاب البيوع باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها. رقم الحديث (٢١٩٧).

(٣) أخرجه البخاري ١١٢/٢ في كتاب البيوع باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها. رقم الحديث (٢١٩٨).

(٤) أخرجه مسلم ١١٦٧/٣ في كتاب البيوع باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع. رقم الحديث (١٥٣٦).

٤ - عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض، ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري[١].

٥ - وسئل ابن عباس عن بيع النخل فقال: «نهى رسول صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل»[٢].

٦ - عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد[٣].

هذه بعض الأحاديث الثابتة عن النبي صلى الله عليه وسلم في تفسير معنى بدو الصلاح حيث اتضح منها معنى بدو الصلاح بألفاظ متعددة فقال: «حتى يطيب». وقال: «حتى تحمر». وقال: «حتى يأكل ويؤكل منها»، وقال عن العنب: «حتى يسود». وعن الحب: «حتى يشتد».

والجامع لهذه الألفاظ كما عند جمهور الفقهاء هو النضج والطيب والحلاوة، والصلاحية للأكل. أما عند الأحناف فأمن العاهة كما في حديث ابن عمر.

هذا هو المعنى العام لبدو صلاح الثمار، أما العلامات التفصيلية التي ذكرها

---

(١) أخرجه مسلم ٣/١١٦٥ في كتاب البيوع باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع. رقم الحديث (١٥٣٥).

(٢) أخرجه مسلم ٣/١١٦٧ في كتاب البيوع باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع. رقم الحديث (١٥٣٧).

(٣) أخرجه أبو داود ٣/٦٦٨ في كتاب البيوع باب في بيع الثمار قبل أو يبدو صلاحها رقم الحديث (٣٣٧١) والترمذي (٣/٥٣٠) في كتاب البيوع باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها. رقم الحديث (١٢٢٨) وابن ماجة (٢/٧٤٧) في كتاب التجارات باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها. رقم الحديث (٢٢١٧) والحاكم (٢/١٩). وحسنه الترمذي وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

الفقهاء لبيان بدو الصلاح فكثيرة نذكر نبذة منها[١]:

١ - **المالكية** :

قال ابن جزي : (وبدو الصلاح مختلف، ففي الثمر أن يحمر ويصفر، وفي العنب أن يسود، وتذر الحلاوة فيه، وفي سائر الفواكه والبقول أن تطيب للأكل، وفي الزرع أن ييبس ويشتد)[٢].

ويذكر بعض المالكية بدو الصلاح في البلح: الزهو، وهو احمراره أو اصفراره، وفي العنب والتين والمشمش : ظهور الحلاوة، وفي الموز: التهيىء للنضج، وفي ذي النور: بانفتاحه، كالورد والياسمين، وفي البقول واللفت والجزر والفجل والبصل: بإطعامها واستقلال ورقها بحيث لا تفسد عند قلعها، وفي قصب السكر: ظهور حلاوته، وفي الجوز واللوز وما شابهها: أخذه في اليبس[٣].

٢ - **الشافعية** :

قال النووي : (يحصل بدو الصلاح بظهور النضج، ومبادىء الحلاوة، وزوال العفوصة[٤] أو الحموضة المفرطتين، وذلك فيما لا يتلون بأن يتموه ويلين، وفيما يتلون بأن يحمر أو يصفر أو يسود)[٥].

ويذكر الماوردي أن بدو الصلاح قد يختلف بحسب اختلاف الثمار، وجملتها

---

(١) لم أذكر تفصيلات للحنفية حيث أنهم يقصرون بدو الصلاح في أمن العاهة والفساد. انظر: فتح القدير ٢٨٧/٦، وحاشية ابن عابدين ٣٨/٤.

(٢) القوانين (٢٨٧) .

(٣) انظر الفواكه الدواني ١٣٦/٢، والمنتقى ٢١٧/٤ - ٢١٨، وحاشية الدسوقي ١٧٦/٣ .

(٤) يقال عفص الطعام عفصاً وعفوصة : كان فيه مرارة وتقبض. مختار الصحاح (١٨٥)، والمعجم الوسيط (٦١١) مادة «عفص».

(٥) روضة الطالبين ٢١٢/٣.

على ثمانية أقسام:

أ – ما يكون بدو الصلاح فيه باللون، وذلك في النخل بالاحمرار والاصفرار، وفي الكرم بالحمرة والسواد والصفار والبياض، أما الفواكه المتلونة فمنها ما يكون صلاحه بالصفرة كالمشمش، ومنها ما يكون بالحمرة كالعناب، ومنها ما يكون بالسواد كالأجاص، ومنها ما يكون بالبياض كالتفاح.

ب – ما يكون بدو صلاحه بالطعم فمنه ما يكون بالحلوة كقصب السكر، وعنه ما يكون بالحموضة كالرمان.

جـ – ما يكون بدو صلاحه بالنضج واللين، كالتين والبطيخ.

د – ما يكون بدو صلاحه بالقوة والاشتداد، كالبر والشعير.

هـ – ما يكون بدو صلاحه بالطول والامتلاء، كالعلف والبقول والقصب.

و – ما يكون بدو صلاحه بالعظم والكبر، كالقثاء والخيار والباذنجان.

ز – ما يكون بدو صلاحه بانشقاق كمامه كالقطن والجوز.

ح – ما يكون بدو صلاحه بانفتاحه وانقشاره، كالورد وورق التوت(١).

٣ – الحنابلة :

وذكر ابن قدامة علامات بدو الصلاح، فما كان من الثمرة يتغير لونه عند صلاحه كثمرة النخل والعنب الأسود والأجاص، فبدو صلاحه بذلك.

وإن كان العنب أبيض، فصلاحه بتموهه، وهو أن يبدو فيه الماء الحلو ويلين ويصفر لونه.

---

(١) الحاوي ٥/١٩٥ – ١٩٦، وانظر نهاية المحتاج ٤/١٥٢، وتكملة المجموع للسبكي ١١/٤٣٩.

وإن كان مما لا يتلون كالتفاح ونحوه فبأن يحلو ويطيب، وإن كان بطيخاً أو نحوه، فبأن يبدو فيه النضج، وإن كان مما لا يتغير لونه ويؤكل طيباً صغاراً وكباراً كالقثاء والخيار، فصلاحه بلوغه أن يؤكل[1].

أما البهوتي فذكر نحو ما ذكره ابن قدامة، وبين أن صلاح ثمر النخل أن يحمر أو يصفر، وصلاح العنب أن يتموه بالماء الحلو، أي يصفو لونه ويظهر ماؤه، وتذهب عفوصته من الحلاوة، وصلاح ما يظهر ثمره فماً واحداً من سائر الثمرة كرمان ومشمش وخوخ وجوز أن يظهر فيه النضج ويطيب أكله، وصلاح ما يظهر فماً بعد فم كقثاء ونحوه أن يؤكل عادة، وصلاح في حب أن يشتد أو يبيض[2].

٤ - الظاهرية :

يرى الظاهرية رأي الجمهور في أن بدو صلاح الثمار يكون في حالة الإزهاء، وظهور الطيب، حيث ذكر ذلك ابن حزم، بأن بدو صلاح ثمر النخل يكون بالإزهاء، والعنب بأن يسود ويطيب[3].

٥ - الإمامية :

في شرائع الإسلام : (وبدو الصلاح أن تصفر، أو تحمر، أو تبلغ مبلغاً يؤمن عليها العاهة)[4].

---

(١) المغني ٤/٧٦ .

(٢) كشاف القناع ٣/٢٨٧، وانظر المبدع ٤/١٧٣، والإنصاف ٥/٨٠، وشرح منتهى الإرادات ٣/٢١٣ .

(٣) المحلى ٨/٤٥٧.

(٤) شرائع الإسلام ١/٣٠٥.

وذكر في اللمعة الدمشقية أن بدو الصلاح في الثمر احمراره أو اصفراره، وفي غير النخل، يظهر عند تناثره الزهر بعد الانعقاد، أو تلون الثمرة، أو صفاء لونها، أو الحلاوة، وطيب الأكل في مثل التفاح، أو النضج في مثل البطيخ، أو تناهي عظم بعضه في مثل القثاء[١].

٦ - الزيدية :

يفهم من كلام الزيدية أنهم يرون أن بدو صلاح الثمرة يكون بطيبها، فقد ذكر السياغي[٢] حديث نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر حتى يزهى[٣]، ثم ذكر معنى الإزهاء وهو: الاحمرار والاصفرار، ثم ذكر أن المقصود هو تغير لون الثمرة إلى حالة الطيب[٤].

هذا هو حاصل كلام الفقهاء في معنى بدو الصلاح، وهو بالجملة كما يقول ابن رشد الحفيد معناه أن تظهر في الثمرة صفة الطيب[٥].

فالضابط في بدو الصلاح هو طيب الثمرة ونضوجها بحيث يطلب أكلها في العادة وتأمن العاهة غالبا، ولذلك يقول النووي: (والعبارة الشاملة أن يقال: بدو

---

(١) اللمعة الدمشقية ٣/٣٥٥ - ٣٥٦، وانظر تحرير الوسيلة ١/٥٠٤.

(٢) هو الحسين بن أحمد بن الحسين السياغي. من فقهاء الزيدية باليمن. مولده ووفاته بصنعاء، توفي سنة ١٢٢١هـ. من مؤلفاته: «الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير»، و«المزن الماطر على الروض الناضر في آداب المناظر».
[الإعلام ٢/٢٣٢ ، معجم المؤلفين ٣/٣٠٨] .

(٣) تقدم في حديث أنس : نهى عن بيع النخل حتى يزهو في صحيح البخاري. انظر ص ٢٨٥

(٤) الروض النضير ٣/٢٧٦ .

(٥) بداية المجتهد ٢/١٨٠ .

الصلاح في هذه الأشياء: صيرورتها إلى الصفة التي تطلب غالباً لكونها على تلك الصفة)[١].

وكذا يقول الماوردي : (وجملة القول في بدو الصلاح أن تنتهي الثمرة أو بعضها إلى أدنى أحوال كمالها فتنجو من العاهة)[٢].

وهذا القول كما هو واضح أدق وأكثر ضبطاً من قول الحنفية ، وإن كان الجميع متفقاً على النتيجة النهائية وهي أمن العاهة.

---

(١) روضة الطالبين ٣/٢١٣ .

(٢) الحاوي ٥/١٩٦ .

المطلب الثاني : بيع الثمار قبل بدو صلاحها :

اختلفت أقوال الفقهاء في حكم بيع الثمار قبل بدو صلاحها، وحتى تتضح صورة المسألة لابد من التوضيح الآتي :

لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام :

الأول : أن يبيعها بشرط التبقية .

الثاني : أن يبيعها بشرط القطع في الحال .

الثالث : أن يبيعها مطلقاً ولم يشترط قطعاً ولا تبقية .

وهذا القسم الثالث على ثلاثة أضرب :

أولها : أن يبيعها مفردة لغير مالك الأصل .

الثاني : أن يبيعها مع الأصل .

الثالث : أن يبيعها مفردة لمالك الأصل .

وبيان هذه المسائل فيما يلي :

المسألة الأولى :أن يكون البيع بشرط التبقية .

إذا بيعت الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط بقائها وتركها، فلا خلاف بين الفقهاء في عدم جواز هذا البيع.

وقد نقل جمع من أهل العلم الاتفاق على هذا، يقول ابن هبيرة (واتفقوا على أن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها بشرط التبقية لا يصح)[١].

وقال ابن قدامة : (أن يشتريها بشرط التبقية ، فلا يصح البيع إجماعاً)[٢]. وفي تكملة المجموع: (أن يبيعها بشرط التبقية فبيعها باطل بلا خلاف)[٣]. وقال الكاساني : (وإن اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالإجماع)[٤]. وفي فتح القدير : (لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر، ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك)[٥]. وفي الروض النضير: (حيث شرط بقاء الثمرة فهذا لا يصح... بلا خلاف بين الأئمة والفقهاء)[٦].

فهذه بعض نقولات أهل العلم التي تدل على الاتفاق في عدم جواز بيع الثمار قبل بدو الصلاح بشرط التبقية، ومع كثرة هذه النقول وجزم أصحابها بالاتفاق، إلا أن بعض العلماء ذكر خلافاً يسيراً في ذلك حيث ذكر ابن حجر[٧]

(١) الإفصاح ٥/٢٠٠ .

(٢) المغني ٤/٧٢، وانظر شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣/٤٩٣.

(٣) تكملة المجموع للسبكي ١١/٤١٢.

(٤) بدائع الصنائع ٥/١٧٣، وفي المعونة ٢/١٠٠٥، (وأما بيعها بشرط التبقية فباطل من غير خلاف).

(٥) فتح القدير ٦/٢٨٧ .

(٦) الروض النضير ٣/٢٧٩ .

(٧) هو أحمد بن علي بن محمد العسقلاني الشهير بابن حجر نسبة إلى (آل حجر). من كبار فقهاء الشافعية، ومن أشهر المحدثين العارفين بالرجال وعلل الحديث والأسانيد حتى اتفق على تسميته الحافظ. توفي سنة ٨٥٢. من مؤلفاته: «فتح الباري شرح صحيح البخاري، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية».

[شذرات الذهب ٧/٢٧٠، الضوء اللامع ٢/٣٦].

هذه المسألة، وقال: (ووهم من نقل الإجماع فيه)[١] وذكر قول يزيد بن أبي حبيب[٢] بالجواز. وكذلك ابن حزم حيث ذكر الخلاف فقال: (واختلفوا في بيع الثمار بعد ظهورها وقبل ظهور الطيب فيها، وقبل ظهورها أيضاً على القطع والأبد أو الترك أجائز أم لا؟)[٣].

وأشار إلى هذا الخلاف ابن رشد الحفيد بقوله: (وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في أنه لا يجوز إلا ما ذكره اللخمي من جوازه تخريجاً على المذهب)[٤].

فالحاصل أننا إن لم نقل بالاتفاق على عدم جواز بيع الثمار قبل بدو صلاحها بشرط التبقية ، فإنه رأي جماهير الفقهاء، ومما يدل على عدم جوازه ما يلي :

١ - حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع[٥].

وجه الدلالة من الحديث :

أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، وهو

---

(١) فتح الباري ٣٩٤/٤ .

(٢) هو يزيد بن أبي حبيب من التابعين مفتي مصر، وأول من أظهر العلم بمصر. كان أحد الثلاثة الذين جعل عمر بن عبدالعزيز الفتيا إليهم بمصر. توفي سنة ١٢٨هـ.
[تذكرة الحفاظ ١٢٩/١، تهذيب التهذيب ٣١٨/١١] .

(٣) مراتب الإجماع (٨٦).

(٤) بداية المجتهد ١٧٨/٢ ، وانظر المنتقى ٢١٨/٤، ونيل الأوطار ١٩٦/٥.

(٥) أخرجه البخاري ١١٢/٢، في كتاب البيوع باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها. رقم الحديث (٢١٩٤)، ومسلم ١١٦٥/٣ في كتاب البيوع باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط قطع. رقم الحديث (١٥٣٤).

نهي عام، والنهي يقتضي الفساد[١] كما هو مشهور عند علماء الأصول[٢].

٢ - أن شرط التبقية شرط لا يقتضي العقد، وفيه منفعة لأحد العاقدين وهو المشتري، ولا يلائم العقد، ولا جرى به التعامل بين الناس، ومثل هذا الشرط مفسد للبيع لهذا السبب[٣].

٣ - لأنه لا يتمكن من الترك إلا بإعارة الشجر والأرض، وهما ملك البائع، فصار بشرط الترك شارطاً الإعارة، فكان شرط صفقة في صفقة، وهو منهي عنه[٤].

٤ -أنه مشتمل على الغرر والجهالة، إذ لا يدري المشتري هل يبقى الثمر صالحاً أم تصيبه العاهة فيهلك[٥].

هذا هو حاصل أدلة جماهير الفقهاء حيث تدور علة تحريم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية على ثلاثة أمور: الشرط الفاسد، والغرر والجهالة، والصفقة في صفقة.

---

(١) انظر هذه القاعدة في : فوانح الرحموت (٣٩٦/١) وأحكام الأحكام للآمدي ٨٨/٢، وشرح الكوكب المنير ٨٤/٣، والمحصول ٣٤٤/١.

(٢) المغني ٧٢/٤، والمعونة ٢٩٣١٠٠٥/٢.

(٣) بدائع الصنائع ١٧٣/٥.

(٤) جاء في حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة واحدة. أخرجه أحمد ٣٩٨/١ وكذلك العقيلي في الضعفاء ٢٨٨/٣ ورجح وقفه.

(٥) انظر المغني ٧٢/٤، وبدائع الصنائع ١٧٣/٥، والمعونة ١٠٠٥/٢.

المسألة الثانية : أن يكون البيع بشرط القطع في الحال .

ذكرنا في المسألة السابقة أن البيع إذا كان بشرط التبقية فإنه لا يجوز، وفي هذه المسألة نذكر قول الفقهاء إذا كان البيع بشرط القطع في الحال، فإذا بيعت الثمرة قبل بدو صلاحها ولكن بشرط قطعها في الحال، فهو يجوز ذلك أو لا يجوز؟

لا خلاف بين الفقهاء في جواز ذلك وصحته، ذكر هذا الاتفاق طائفة من العلماء.

يقول ابن قدامة : (أن يبيعها بشرط القطع في الحال فيصح بالإجماع)(١).

وفي الإفصاح: (واتفقوا على أنه إذا اشترى ثمرة لم يبد صلاحها بشرط قطعها فإن البيع جائز)(٢).

وقال السبكي : (أن يبيعها بشرط القطع فالبيع صحيح بلا خلاف)(٣). وفي فتح القدير: (لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر.... ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به)(٤).

وفي المعونة : (فأما بيعها بشرط القطع فجائز من غير خلاف)(٥).

هذا هو نقل بعض الفقهاء للإجماع على صحة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع، إلا أنه عند النظر والتأمل نجد أن هناك خلافاً يسيراً في ذلك، أشار إليه ابن حجر بقوله: (وقيل إن شرط القطع لم يبطل وإلا بطل وهو قول الشافعي

---

(١) المغني ٧٢/٤.

(٢) الإفصاح ١٩٧/٥ .

(٣) تكملة المجموع ٤١٢/١١ .

(٤) فتح القدير ٢٨٧/٦ .

(٥) المعونة ١٠٠٥/٢، وانظر المنتقى ٢١٨/٤ .

وأحمد والجمهور ورواية عن مالك)[١].

وصرح ابن رشد الحفيد بوجود هذا الخلاف اليسير بقوله: (فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف في جوازه إلا ما روي عن الثوري وابن أبي ليلى من منع ذلك، وهي رواية ضعيفة)[٢] أي عند المالكية.

وذكر الكاساني هذه المسألة وأنه يصح بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع في الحال، ثم قال:(ومن مشايخنا من قال لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه وهو خلاف ظاهر الرواية)[٣].

وذكر السياغي أن نقل الإجماع في هذه المسألة فيه نظر لأن هناك من الفقهاء من يقول بعدم جواز بيع الثمار قبل بدو صلاحها مطلقاً كما هو مذهب ابن أبي ليلى[٤] وابن حزم[٥].

هذا هو كلام الفقهاء حيث يرى جمهورهم صحة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع، ودليلهم في ذلك ما يلي :

١ - أن المنع من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إنما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها بدليل حديث أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهو، قال: «أرأيت إذا منع الله الثمرة بم

---

(١) فتح الباري ٣٩٤/٤ .

(٢) بداية المجتهد ١٧٨/٢ .

(٣) بدائع الصنائع ١٧٣/٥، وانظر نيل الأوطار ١٩٦/٥ .

(٤) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى أنصاري كوفي، فقيه من أصحاب الرأي. ولي القضاء ٣٣ سنة لبني أمية ثم لبني العباس. توفي سنة ٤٨ .

[سير أعلام النبلاء ٣١٠/٦، تهذيب التهذيب ٣٠١/٩] .

(٥) الروض النضير ٢٧٨/٣، والبحر الزخار ٣١٤/٤، والخلاف أيضا عند الإمامية. انظر اللمعة الدمشقية ٣٥٥/٣ .

يأخذ أحدكم مال أخيه؟»[١].

وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع مأمون فيما يقطع فصح بيعه كما لو بدا صلاحه[٢].

ويذكر ابن رشد هذه العلة بقوله: (لما ظهر للجمهور أن المعنى في هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالباً قبل أن تزهي لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» لم يحمل العلماء النهي في هذا على الاطلاق: أعني النهي عن البيع قبل الإزهاء بل رأى أن معنى النهي هو بيعه بشرط التبقية إلى الإزهاء، فأجازوا بيعها قبل الإزهاء بشرط القطع)[٣].

فالعلة في تحريم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها - كما هو ظاهر الحديث - هي خوف فساد الثمرة، وذلك منتف في حال بيعها بشرط القطع فينتفي حكم المنع، فالحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

٢ - أنها ثمرة منتفع بها، فجاز بيعها كسائر الأموال، بجامع الانتفاع في كلٍّ.

ومما ينبغي أن يذكر في هذه المسألة هو أن صحة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع ليست على إطلاقها، حيث اشترط بعض الفقهاء بعض الشروط.

فجمهور الفقهاء يرى أن القطع يجب أن يكون فوراً وفي الحال، أما المالكية فقالوا: يشترط قطعه في الحال أو قريباً منه بحيث لا يزيد ولا ينتقل عن طوره إلى

---

(١) تقدم تخريجه ص ٩٨ .

(٢) المغني ٤/٧٢، وكشاف القناع ٣/٢٨١ .

(٣) بداية المجتهد ٢/١٧٨، وانظر المنتقى ٤/٢١٨، والمعونة ٢/١٠٠٥.

طور آخر. وقالوا: لابد من وجود الحاجة من المتبايعين أو أحدهما، وكذلك عدم وجود التمالؤ، فإن تَمالأ عليه أكثر أهل البلد منع[١].

ويرى جمهور الفقهاء أنه يجب أن تكون الثمار المقطوعة منتفعاً بها عند القطع، أما الحنفية فيرون مطلق الانتفاع، ولا يخصون الانتفاع عند القطع[٢].

ويشترط الحنابلة شرطاً في ذلك، وهو أن لا يكون ما بيع من الثمر قبل بدو صلاحه بشرط القطع مشاعاً، بأن يشتري نصف الثمرة قبل بدو صلاحها مشاعاً، فإن كان كذلك لم يصح، لأنه لا يمكنه قطع ما يملكه إلا بقطع ما لا يملكه، وليس له قطع ما لا يملكه إلا في حالة واحدة وهي أن يبيع الثمرة قبل بدو صلاحها مع الأصل[٣].

---

(١) حاشية الدسوقي ١٧٧/٣، والشرح الصغير ٨٤/٢، والتاج والإكليل ٥٠٠/٤.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٨/٤، وفتح القدير ٢٨٧/٦، وبدائع الصنائع ١٧٣/٥ .

(٣) كشاف القناع ٢٨٢/٣، وانظر المغني ٧٤/٤، والإنصاف ٦٦/٥ .

المسألة الثالثة : أن يكون البيع مطلقاً .

في المسألتين السابقتين بيان حكم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية، وبشرط القطع، وذكرنا قول جمهور الفقهاء في ذلك وهو عدم الجواز عند اشتراط التبقية، والجواز عند اشتراط القطع في الحال.

أما في هذه المسألة فنذكر الحكم في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مطلقا، أي بدون اشتراط التبقية أو القطع.

فإذا بيعت الثمرة قبل بدو صلاحها ولم يذكر تبقية ولا قطعاً فهل يصح البيع أو لا يصح؟

في ذلك خلاف بين الفقهاء ، وحتى تتضح المسألة لابد أن نقسم هذا البيع إلى أقسام ثلاثة:

القسم الأول : أن تباع الثمرة قبل بدو صلاحها مفردة لغير مالك الأصل.

القسم الثاني : أن تباع الثمرة قبل بدو صلاحها مع الأصل.

القسم الثالث : أن تباع الثمرة قبل بدو صلاحها مفردة لمالك الأصل.

وبيان هذه الأقسام في الفروع الآتية :

الفرع الأول : أن يبيع الثمرة لغير مالك الأصل.

إذا بيعت الثمرة قبل بدو صلاحها بدون شرط تبقية أو قطع، ولغير مالك الأصل، فهل يصح البيع أو لا يصح ؟

في ذلك خلاف بين الفقهاء على النحو الآتي :

القول الأول : يرى جمهور الفقهاء أن هذا البيع لا يصح، وهو قول المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] وقول عند الأحناف[٤]. وقول الإمامية[٥] والظاهرية[٦] .

دليل هذا القول :

استدل الجمهور لقولهم بما يلي :

١ - حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها[٧].

٢ - حديث أنس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي فقيل: وما تزهي ؟ قال: حتى تحمر[٨].

٣ - حديث جابر رضي الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) المعونة ٢/١٠٠٦، وبداية المجتهد ٢/١٧٩، والمنتقى ٤/٢١٨ ، وحاشية الدسوقي ٣/١٧٧.

(٢) روضة الطالبين ٣/٢١٠، والحاوي ٥/١٩١، وكفاية الأخيار (٢٤٦).

(٣) المغني ٤/٧٢، والمبدع ٤/١٦٧، والانصاف ٥/٦٧، .

(٤) فتح القدير ٦/٢٨٧ ، وحاشية ابن عابدين ٤/٣٨، والفتاوى الهندية ٣/١٠٦.

(٥) شرائع الإسلام ١/٣٠٤ - ٣٠٥ ، واللمعة الدمشقية ٣/٣٥٤، وهناك قول للإمامية بالصحة.

(٦) المحلى ٨/٤٢٤ -٤٢٥.

(٧) تقدم تخريجه ص٢٩٣ .

(٨) تقدم تخريجه ص ٢٨٥ .

عن بيع الثمر حتى يطيب[١].

وجه الدلالة من الأحاديث.

الاستدلال بهذا الأحاديث من وجهين كما يذكر الماوردي:

الأول : أن النهي توجه إلى المعهود من البيعات، والمعهود من البيع إطلاق العقد دون تقييده بشرط ، فصار النهي بالعرف متوجها إلى البيع المطلق دون المقيد.

الثاني : أن النهي لا يخلو من أن يتوجه إلى بيع الثمار بشرط القطع، أو بشرط الترك، أو على الاطلاق، فلم يجز أن يحمل على شرط القطع للاتفاق على جوازه[٢]، ولا على شرط الترك، لأن النهي ورد مطلقاً، فثبت أنه محمول على البيع المطلق[٣].

ويذكر القاضي عبد الوهاب وجه الاستدلال وهو أن النهي يدل على فساد المنهي عنه، كما أن تعليق الحكم بغاية يفيد مخالفة ما قبل الغاية لما بعدها[٤].

٤ - لأن إطلاق العقد يقتضي التبقية والترك، لأن العرف في القبض يجري مجرى الشرط - فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً - والعرف في الثمار أن تؤخذ وقت الجذاذ فصار المطلق كالمشروط تركه، ثم ثبت أن اشتراط تركها مبطل للبيع، فكذا إطلاق عقدها الذي يجري بالعرف مجرى اشتراط تركها يجب أن يكون مبطلاً للبيع[٥].

---

(١) تقدم تخريجه ص ٢٨٤ .

(٢) ذكرت في المبحث السابق أن في هذا الاتفاق نظراً .

(٣) الحاوي ٥/١٩٢ ، وتكملة المجموع ١١/٤١٤.

(٤) المعونة ٢/١٠٠٦

(٥) الحاوي ٥/١٩٢، وتكملة المجموع ١١/٤١٤، والمغني ٤/٧٢، وانظر حلية العلماء ٤/٢١٢ - ٢١٤.

القول الثاني : ذهب الحنفية[١] والزيدية[٢] وهو قول عند المالكية[٣] ورواية عند الحنابلة[٤] إلى صحة هذا البيع، إلا أن الحنفية قالوا: يجب القطع في الحال.

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - أن إطلاق العقد يقتضي القطع فهو كما لو اشترطه، لأن من حقوق العقد تسليم المبيع من غير تأخير، والتسليم لا يتم إلا بالقطع.

٢ - أن حمل الاطلاق على الترك غير صحيح لأن الترك ليس بمشروط نصاً ، إذ العقد مطلق عن الشرط أصلا فلا يجوز تقييده بشرط الترك من غير دليل، خصوصاً إذا كان في التقييد فساد العقد[٥].

٣ - أنه لا دليل على عدم صحة هذا البيع ، وقد قال الله تعالى: «وأحل الله البيع»[٦] أما الأحاديث التي استدل بها على عدم الصحة فالمقصود من النهي أن يبيعها مدركة قبل إدراكها بدلالة قوله صلى الله عليه وسلم: «أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه»[٧] فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى هو مفقود في الحال حتى يتصور المنع[٨].

---

(١) بدائع الصنائع ١٧٣/٥، وفتح القدير ٢٨٧/٦ ، وحاشية ابن عابدين ٣٨/٤ .

(٢) الروض النضير ٢٧٩/٣.

(٣) المنتقى ٢١٨/٤.

(٤) شرح الزركشي ٢٩٤/٣ .

(٥) بدائع الصنائع ١٧٣/٥.

(٦) سورة البقرة : آية ٢٧٥ .

(٧) تقدم تخريجه ص ٩٨ .

(٨) الروض النضير ٢٧٩/٣ ، وانظر المغني ٧٢/٤ .

ويذكر ابن الهمام أن هذا النص يستلزم أن معناه أنه نهى عن بيعها مدركة قبل الإدراك، ومزهية قبل الزهو، وفسر الزهو بالاحمرار أو الاصفرار أو أمن العاهة، فكان النهي عن بيعها محمرة قبل الاحمرار، ومصفرة قبل الاصفرار أو آمنة من العاهة قبل أن يؤمن عليها، وذلك لأن العادة أن الناس يبيعون الثمرة قبل أن تقطع، فنهى عن هذا البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة(١).

٤ - كما يذكر ابن الهمام دليلاً آخر للحنفية وهو قوله صلى الله عليه وسلم «من اشترى نخلاً قد أبرت فثمرته للبائع إلا أن يشترطها المبتاع»(٢).

ووجه الدلالة منه هو أنه صلى الله عليه وسلم جعل الثمرة للمشتري بالشرط، فدل على جواز بيع الثمرة مطلقاً، لأنه لم يقيد دخولها في البيع عند اشتراط المشتري بكونها بدا صلاحها(٣).

٥ - كما استدل ابن الهمام للحنفية بحديث عمرة بنت عبدالرحمن قالت: ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام حتى تبين له النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيله، فحلف لا يفعل، فذهبت بالمشتري إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال: تألّى أن لا يفعل خيراً، «فسمع بذلك رب الحائط فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: هو له»(٤).

---

(١) فتح القدير ٦/ ٢٩٠.

(٢) تقدم تخريجه ص ٢٥٥ .

(٣) فتح القدير ٦/ ٢٩٠

(٤) أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٦٢١ في كتاب البيوع باب الجائحة في بيع الثمار والزروع، والشافعي في الأم ٣/ ٥٦، والبيهقي ٥/ ٣٠٥ وهو حديث مرسل لأن عمرة تابعية، إلا أنه قد وصله البخاري في صحيحه ٢/ ٢٧٠ في كتاب الصلح باب هل يشير الإمام بالصلح رقم الحديث (٢٧٠٥) ، ومسلم ٣/ ١١٩ في كتاب المساقاة باب استحباب الوضع من الدين رقم الحديث (١٥٥٧).

ووجه الدلالة من الحديث أنه لولا صحة البيع، لم تترتب الإقالة عليه[١].

المناقشة والترجيح :

يظهر لي بعد عرض أدلة الفريقين رجحان قول الجمهور في عدم صحة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لغير مالك الأصل بدون شرط تبقية أو قطع، وذلك لما يلي:

١ – استنادهم على حديث النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فإنه عام في عدم صحة البيع قبل صلاح الثمرة، حيث إن إطلاق العقد يقتضي التبقية، فيصير العقد المطلق كالذي شرطت فيه التبقية يتناولهما النهي جميعاً، كما بينا في مطلب سابق عدم صحة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية.

٢ – يُرد على أصحاب القول الثاني في أن إطلاق العقد يقتضي القطع، أن هذا ليس بصحيح، فإن إطلاق العقد يقتضي التبقية والترك كما هو معروف بالعرف، كما أن التسليم لا يكون بالقطع فقط، بل يكون برفع اليد والتمكين من المبيع[٢].

٣ – استدلال أصحاب القول الثاني بحديث « من باع نخلاً قد أبرت» استدلال بالعموم وقد جاء ما يخصص هذا العموم وهو النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، والقاعدة الأصولية تقضي بتخصيص الخاص للعام كما هو مشهور عند علماء الأصول.

٤ – استدلالهم بحديث عمرة لا وجه له صحيح إذ أنه ليس فيه بيع الثمرة قبل بدو صلاحها أو بعد بدو صلاحها، بل الروايات الأخرى ليس فيها ذكر بيع الثمار أصلا فيسقط الاستدلال بالحديث لوجود الاحتمال فيه، والقاعدة المقررة أن ما تطرق إليه الاحتمال يسقط به الاستدلال[٣].

---

(١) فتح القدير ٩/٢٩٠.

(٢) انظر تكملة المجموع ١١/٤١٤ ، والحاوي ٥/١٩٢.

(٣) انظر هذه القاعدة في : شرح تنقيح الفصول (١٨٦) والقواعد والفوائد الأصولية (٢٣٤) وشرح الكوكب المنير ٣/١٧٢.

٥ - ويرد على قولهم بأن معنى النهي أن يبيعها مدركة قبل إدراكها ، بأنه صرف للفظ عن ظاهره من غير دليل معتبر، والقاعدة المعتبرة هي (أنه لا يصح صرف الحديث عن ظاهره إلا بدليل معتبر)[١].

فائدة الخلاف :

ذكر ابن هبيرة أن فائدة الخلاف في هذه المسألة في فصلين : أحدهما: أن البيع فاسد عندهم - أي الجمهور - وعنده - أي أبي حنيفة - صحيح.

والآخر : أن إطلاق البيع وترك الاشتراط فيه يقتضي التبقية عندهم، وعنده يقتضي القطع[٢].

كما ذكر ابن رشد الحفيد ذلك بقوله : (واختلفوا إذا ورد البيع مطلقاً في هذه الحال - أي قبل بدو الصلاح - هل يحمل على القطع وهو الجائز، أو على التبقية الممنوعة؟ فمن حمل الإطلاق على التبقية، أو رأى أن النهي يتناوله بعمومه قال: لا يجوز، ومن حمله على القطع قال: يجوز)[٣]. والله أعلم .

---

(١) انظر روضة الناظر ٢/٢٩ - ٣٠ وإرشاد الفحول (١٥٥) والفصول في الأصول ٢/٢٧.

(٢) الإفصاح ٥/١٩٩.

(٣) بداية المجتهد ٢/١٧٩، وانظر المنتقى ٤/٢١٨ - ٢١٩.

الفرع الثاني : أن يبيع الثمرة مع الأصل.

إذا بيعت الثمرة قبل بدو صلاحها مع أصلها فإن ذلك جائز باتفاق الفقهاء، سواء بدا صلاح الثمرة أم لم يبد.

ففي المغني (أن يبيعها مع الأصل فيجوز بالإجماع)[1]، وصحح السبكي الإجماع على صحة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مع أصلها، إلا أنه ذكر أن ذلك يكون فيما إذا كان على وجه الاشتراط كقوله: «بعتك هذه النخلة بشرط أن ثمرتها لك»[2].

ولذلك ذكر ابن حزم أنه لا يجوز بيع ثمرة النخل مع الأصول إلا بالاشتراط فقط أخذاً بظاهر لفظ الحديث كما سيأتي[3].

أما المرداوي فينقل خلافا في ذلك ، حيث ذكر الصحيح من مذهب الحنابلة أنه لو باع الثمرة قبل بدو صلاحها بأصلها فإنه يصح. ثم ذكر أن صاحب المقنع وشارحه والزركشي حكوه إجماعاً، ثم قال: (وقيل: لا يجوز، وهو ظاهر كلام المصنف هنا وجماعة، وأطلقها في المحرر)[4].

هذا هو قول الفقهاء في هذه المسألة ، أما دليل ذلك فما يلي :

١ - قوله صلى الله عليه وسلم : « من ابتاع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المتباع»[5].

---

(١) المغني ٤/٧٢

(٢) تكملة المجموع ١١/٤٢١.

(٣) المحلى ٨/٤٢٤.

(٤) الإنصاف ٥/٦٥، وانظر المبدع ٤/١٦٦، وشرح منتهى الإرادات ٢/٢١٠، والذخيرة ٥/١٥٦، والشرح الكبير ٣/١٧٦.

(٥) تقدم تخريجه ص ٢٥٥ .

وجه الدلالة من الحديث :

أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الثمرة التي قد أبرت لمشتري الأصل إذا اشترطها، وأطلق فلم يقيد ذلك ببدو الصلاح، فدل ذلك على أنه يجوز بيع الثمرة مع أصلها سواء بدا صلاحها أم لم يبد[1].

٢ - أنه إذا باع الثمرة مع الأصل حصلت تبعاً في البيع، فلم يضر احتمال الغرر فيها، كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة، والنوى في التمر مع التمر، وأساسات الحيطان في بيع الدار[2].

ومما يؤكد ذلك قاعدة « يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً » وأن ما كان تابعاً لغيره في الوجود لا ينفرد بالحكم، بل يدخل في الحكم مع متبوعه.

وقد مثل لها الفقهاء بأمثلة كثيرة، فمنها ما ذكره ابن قدامة وهو بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة، والنوى في التمر مع التمر، وأساسات الحيطان في بيع الدار[3]، ومنها ما ذكره الشافعي من جواز بيع الدار بطرقها وسيل مائها وأفنيتها لأنها تبع في البيع[4].

ومنها الحمل يدخل في بيع الأم تبعاً ولا يفرد بالبيع، والشرب والطريق يدخلان في بيع الأرض تبعاً ولا يفردان بالبيع.

ومنها الدود المتولد في الطعام يجوز أكله معه تبعاً لا منفرداً، وغيرها من المسائل[5].

---

(١) المغني ٧٢/٤

(٢) المغني ٧٥/٤، والمبدع ١٦٦/٤

(٣) المغني ٧٣/٤.

(٤) الأم ٤٣/٣ ، وانظر تكملة المجموع ٤١٩/١١.

(٥) انظر هذه الأمثلة في : الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٢٠) والأشباه والنظائر للسيوطي (١١٧) ، ودرر الحكام ٥٢/١ مادة «٤٧» والمنثور ٢٣٤/١.

وهذا يبين مسألتنا وهي جواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إذا بيعت مع أصلها، فالجواز هنا لأنها تابعة للأصل، إذ يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً. والله أعلم.

الفرع الثالث : أن يبيع الثمرة مفردة لمالك أصلها.

إذا بيعت الثمرة قبل بدو صلاحها لمالك أصلها نحو أن تكون للبائع ولا يشترطها المشتري، فيبيعها للمشتري مالك الأصل بعد ذلك، أو أن يوصي لرجل بثمرة نخلة فيبيعها لورثة الموصي، فما الحكم في ذلك كله.

للفقهاء في هذه المسألة قولان :

القول الأول : أن البيع صحيح وهو قول المالكية[(١)]، ووجه عند الشافعية[(٢)]، والصحيح من مذهب الحنابلة[(٣)].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - أن المشتري الذي ملك الأصل سيجتمع له الأصل والثمرة، إذا اشترى الثمرة من البائع، فصح ذلك كما لو اشتراهما معاً، وقد ذكرنا في المسألة السابقة أنه يجوز أن تباع الثمرة قبل بدو صلاحها مع أصلها[(٤)].

٢ - أن البائع إذا باع الثمرة قبل بدو صلاحها لمالك الأصل فإنه يحصل التسليم إلى المشتري على الكمال، لكونه مالكاً لأصولها وقرارها، فصح البيع كما لو بيعت الثمرة مع أصلها[(٥)].

---

(١) التاج والإكليل ٤/٥٠٠ ، وشرح الخرشي ٥/١٨٥ ، والفواكه الدواني ٢/١٣٦.

(٢) المهذب ١/٢٨١، وتكملة المجموع ١١/٤٢٢، والحاوي ٥/١٩٣.

(٣) المغني ٤/٧٣، والانصاف ٥/٦٦، وتصحيح الفروع ٤/٧٣ .

(٤) المغني ٤/٧٣ ، وشرح الزركشي ٣/٤٩٥، والحاوي ٥/١٩٣.

(٥) المغني ٤/٧٣ ، وانظر تكملة المجموع ١١/٤٢٢.

٣ - أن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لمالك أصلها لا محذور فيه، إذ أن المنع من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إنما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها مما يحدث الخلاف بين المتبايعين في الضمان وغير ذلك مما يوجب الشقاق، وهذه العلة غير موجودة هنا إذ أن المشتري مالك للأصل والثمرة معاً في النهاية وهو يتحمل ما يحصل لها من تلف أو هلاك، فصح البيع لذلك.

القول الثاني : أن البيع غير صحيح، وهو وجه عند الشافعية(١)، ووجه عند الحنابلة(٢).

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - عموم أحاديث النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، ولا فرق بين أن يبيعها لمالك الأصل أو لغير مالك الأصل(٣).

٢ - أن العقد يتناول الثمرة خاصة، والغرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة كما لو كانت الأصول لأجنبي، وهذا بخلاف ما إذا باع الأصل مع الثمرة معاً فإن الثمرة تدخل تبعاً، ويجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع، كما يجوز بيع اللبن في الضرع، والحمل مع الشاة وغيرهما(٤).

٣ - لأن البائع أفرد الثمرة بالبيع قبل بدو صلاحها، وهذا يشبه ما إذا باعها

---

(١) المهذب ١/٢٨١ وتكملة المجموع ١١/٤٢٢ ، وروضة الطالبين ٣/٢١٠ .

(٢) الإنصاف ٥/٦٦، والمغني ٤/٧٣، والمحرر ١/٣١٦ .

(٣) المغني ٤/٧٣.

(٤) المغني ٤/٧٣ ، وشرح الزركشي ٣/٤٩٦، وتكملة المجموع ١١/٤٢٣.

من غير مالك الأصل فلم يصح البيع[١].

المناقشة والترجيح :

بعد عرض أدلة القولين يترجح القول الأول القائل بصحة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لمالك الأصل وذلك لما يلي :

١ - صحة ما عللوا به إذ أن المشتري مالك الأصل يحصل له بشراء الثمرة التسليم الكامل للمبيع، فهو يملك الثمرة مع أصلها، فلا مانع من بيع الثمرة له.

٢ - أن المحذور منتف في هذه الصورة، وهو وجود الشقاق والنزاع بين المتبايعين، وذلك أن البائع قد انقطعت علقه بالبيع، وصار الأصل والثمرة للمشتري، فلا سبيل إلى النزاع بينهما.

٣ - أن الجميع متفق على صحة هذا البيع إذا كان بشرط القطع، من غير أن يلزم المشتري الوفاء بالشرط لأن الأصل له[٢]. والله أعلم .

---

(١) المهذب ٢٨١/١ ، والحاوي ١٩٣/٥.

(٢) انظر المغني ٧٣/٤ ، وشرح الزركشي ٤٩٦/٣ ، وروضة الطالبين ٢١٠/٣ ، ومغني المحتاج ٨٩/٢.

المطلب الثالث : بيع الثمرة بعد بدو صلاحها .

بينا في المطلب السابق حكم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، حيث تتعرض للآفات ولم يتبين أمرها أو صلاحها أو نضجها، وذكرنا ما اتفق عليه الفقهاء وما اختلفوا فيه.

وفي هذا المطلب نذكر حكم بيع الثمرة بعد بدو صلاحها، حيث يتفق الفقهاء في الجملة على صحة بيع الثمرة بعد بدو صلاحها كما سيأتي ، إلا أنه قد وقع الخلاف في بعض المسائل ومنها ما الذي يعتد في بدو صلاح الثمرة هل هو ظهوره في عين الثمرة أو في نوعها أو في جنسها؟

ثم هل يصح بيع الثمرة بعد بدو صلاحها مطلقاً ؟ أو بشرط التبقية؟ أو بشرط القطع؟

هذا ما سأذكره في المسألتين الآتيتين :

المسألة الأولى : ما يعتد في بدو صلاح الثمرة :

يختلف بدو صلاح الثمرة من حيث ظهوره في عين الثمرة، أو في نوعها، أو في جنسها.

فما الحكم إذا بدا صلاح شجرة واحدة دون غيرها من الأشجار؟ وما الحكم إذا بدا صلاح نوع معين من الأشجار دون غيره من الأنواع؟ أو بدا صلاح جنس معين من الأشجار دون غيره من الأجناس؟

قبل أن نذكر أقوال الفقهاء لابد أن نبين ما اتفقوا عليه وهو ما يلي:

١ - اتفق الفقهاء على أن بدو الصلاح في شجرة صلاح لجميعها، فيجوز بيعها لبدو صلاحها.

بين ذلك ابن قدامة بقوله : (ولا يختلف المذهب أن بدو الصلاح في بعض ثمرة النخلة أو الشجرة صلاح لجميعها، أعني أنه يباح بيع جميعها، ولا أعلم فيه اختلافاً)[١].

ووجه ذلك أن الله تعالى أجرى العادة بأن الثمار لا تطيب دفعة واحدة رفقاً بالعباد فإنها لو طابت دفعة واحدة لم يكمل تفكههم بها وإنما تطيب شيئا فشيئا، ولو اشترط في كل ما يباع طيبه في نفسه لكان فيه ضرر فإن العذق الواحد يطيب بعضه دون بعض[٢].

٢ - لا خلاف بين الفقهاء - إلا ما يروى عن الليث بن سعد - في أنه لا يباع جنس من الثمر ببدو صلاح جنس آخر، لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار

---

(١) المغني ٤/٧٦، وشرح الزركشي ٣/٥٠٤، وانظر المنتقي ٤/٢١٩، والإنصاف ٥/٧٨.

(٢) تكملة المجموع ١١/٤٥٠.

حتى يبدو صلاحها، وبين صلى الله عليه وسلم معنى البدو والزهو بأن تحمر، وقال في العنب: أن يسود[١]، فاعتبر في كل جنس صفة لا توجد في غيره، ومنع من بيعه حتى توجد تلك الصفة فيه، وهذا يمنع اعتباره بعده.

ومن جهة المعنى فإن منع بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها إنما هو لتؤمن عليها العاهة، ولتكون معلومة الصفة برؤية ما طاب منها، وقد علم تفاوت أجناس الثمار في الطيب، فإذا طاب بعضها لم يؤمن بذلك العاهة على غيرها مما يتأخر إبانه من إبانها، وإذا علم صفة بعضها ببدو الصلاح فيها لم يعلم بذلك صفة غيرها ما لم يبد الصلاح فيها[٢].

هذا ما اتفق عليه الفقهاء، أما الخلاف فإنه واقع في ما يعتد به في بدو صلاح الثمرة هل هو عينها أو جنسها أو نوعها؟ وحتى تتضح لنا المسألة لابد من التفريع بالفرعين الآتيين:

الفرع الأول : هل صلاح شجرة في بستان صلاح لسائر نوعها في البستان نفسه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:[٣]

القول الأول : أنه إذا بدا الصلاح في شجرة جاز بيع سائر نوعها في البستان دون غيرها من الأنواع. وهو قول للشافعية[٤]، ومذهب الحنابلة[٥]، وقول الإمامية[٦]. وهو قول مالك وقول الظاهرية إذا كان صفقة واحدة[٧]، في الأنواع

---

(١) تقدم تخريجه ص ٢٨٥ .

(٢) المنتقى ٤/٢٢٠.

(٣) لم أذكر قول الحنفية لأنهم يوجبون قطع الثمرة فيما بدا صلاحه وما لم يبد صلاحه.

(٤) نهاية المحتاج ٤/١٤٩، وتكملة المجموع ٣٥٨/١١.

(٥) المغني ٤/٧٦، والإنصاف ٥/٧٨، وشرح الزركشي ٣/٥٠٥، والمحرر ٣١٧/١.

(٦) شرائع الإسلام ٣٠٥/١ وفقه الإمام جعفر الصادق ٢٨١/٣.

(٧) المحلى ٤٥٧/٨.

المتقاربة الطيب[١].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - القياس على الشجرة الواحدة، حيث إن بدو صلاح بعضها يعتبر صلاحاً لجميعها، فكذلك إذا بدا صلاح نوع من أنواع الثمار في البستان الذي هو فيه، فإنه يجوز بيع جميعه كالشجرة الواحدة[٢].

٢ - لأن اعتبار الصلاح في جميع الشجر من النوع نفسه فيه مشقة وكلفة بالغة على الناس، والمشقة مرفوعة في الإسلام. وقد قال تعالى: «وما جعل عليكم في الدين من حرج»[٣]. وقال صلى الله عليه وسلم: «بعثت بالحنيفية السمحة»[٤]، فوجب اعتبار الصلاح في الثمرة الواحدة صلاحاً لسائر نوعها في البستان دفعاً للمشقة ورفعاً للحرج[٥].

٣ - أن اعتبار بدو الصلاح في الجميع يؤدي إلى مفسدة وهي الاشتراك واختلاف الأيدي، فوجب دفع هذه المفسدة بأن نتبع ما لم يبد صلاحه من نوعه لما

---

(١) بداية المجتهد ٢/٢٨١، والتاج والإكليل ٤/٥٠٠، وشرح الخرشي ٥/١٨٥ .

(٢) المغني ٤/٧٦، والمجموع ٤/١٧٣.

(٣) سورة الحج آية ٧٨.

(٤) أخرجه ابن سعد في الطبقات (١/١٩٢) ، وضعفه السيوطي في الجامع الصغير (١/١٢٦) إلا أن الحافظ ابن حجر حسن الحديث بالرواية الأخرى وهي رواية ابن عباس لما قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم: أي الأديان أحب إلى الله؟ قال: «الحنيفية السمحة» علقة البخاري في صحيحه (١/٢٩) ووصله في الأدب المفرد (٢٨٧) انظر فتح الباري (١/٩٤).

(٥) تكملة المجموع ١١/٤٥٠، والمغني ٤/٧٦.

بدا صلاحه(١).

٤ - ووجه قول مالك كما يذكر ابن رشد الحفيد أن الوقت الذي تنجو الثمرة فيه في الغالب من العادات هو إذا بدا الطيب في الثمرة ابتداء متناسقاً غير منقطع(٢).

القول الثاني : أنه لا يجوز بيع إلا ما بدا صلاحه في النوع الواحد مع سائر نوعه في البستان ، فليس في بدو صلاح نوع واحد صلاح لسائر نوعه في البستان. وهو قول الحنابلة في رواية(٣).

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - أن ما لم يبد صلاحه يدخل في عموم نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يبد صلاحه من الثمار، فلا يجوز بيع ثمرة لم يبد صلاحها لعموم النهي، فلا يكفي بدو صلاح ثمرة أن يكون ذلك دليلا على بدو سائر نوعها في البستان(٤).

٢ - أنه لم يبد صلاحه، فلم يجز بيعه من غير شرط القطع كالجنس الآخر وكالذي في البستان الآخر(٥).

---

(١) تكملة المجموع ١١/٤٥٠، والمغني ٤/٧٦.

(٢) بداية المجتهد ٢/١٨١، والتاج والإكليل ٤/٥٠٠، وحاشية الدسوقي ٣/١٧٧.

(٣) المغني ٤/٧٦، والمبدع ٤/١٧٣، والإنصاف ٥/٧٩ .

(٤) المغني ٤/٧٦، وشرح الزركشي ٣/٥٠٤.

(٥) المغني ٤/٧٦، والمبدع ٤/١٧٣.

المناقشة والترجيح :

يظهر لي أن القول الراجح في هذه المسألة هو القول الأول في أنه إذا بدا صلاح الثمرة فإن ذلك صلاح لبقية نوعها في البستان وذلك لما يلي :

١ - أن هذا جارٍ وفق قواعد الشريعة العامة القاضية برفع الحرج والمشقة عن الناس، والمبينة لسماحة الإسلام، حيث إن عدم اعتبار صلاح الثمرة صلاح لبقية نوعها فيه حرج شديد ومشقة بالغة على الناس، إذ أنه من المعروف لذوي الخبرة والاختصاص تقارب بدو صلاح شجر النوع الواحد تقارباً شديداً بعكس الأنواع المختلفة قد يتقارب صلاحها وقد يتباعد صلاحها كثيراً.

فهذا القول إنما هو إعمال لنصوص الشريعة العامة الدالة على سماحة الإسلام ورفع الحرج والمشقة عن الناس.

٢ - القياس الذي استدل به أصحاب القول قياس صحيح فهو قياس على متفق عليه، فالجميع متفق على أن بدو الصلاح في بعض الشجرة صلاح لجميعها، مع عدم تيقننا بدو صلاح الجميع لتقارب الصلاح فيها، فكذلك القول في النوع الواحد في البستان.

٣ - أن عدم القول باعتبار بدو صلاح النوع الواحد يفقد مصلحة للناس وهي عدم استفادتهم وتلذذهم بنعم الله سبحانه وتعالى.

٤ - يرد على قول أصحاب القول الثاني بأن هذا داخل في النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وأنه لم يجز بيعه من غير شرط القطع: بالوجهين الآتيين:

الوجه الأول :

أن الجميع متفق على أن بدو صلاح بعض الشجرة يعتبر صلاحاً لجميعها،

ومع ذلك لم يقل أحد بأن هذا يدخل في النهي.

الوجه الثاني :

أن يقال بأن اشتراط القطع في بيع ما لم يبد صلاحه يكون في البيع المستقل، أما إذا كان تابعاً لما بدا صلاحه فإنه يصح ويكون تبعاً لما بدا صلاحه في الحكم، لأنه يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً، كما قرر الفقهاء ذلك في قاعدة «يثبت تبعا ما لا يثبت استقلالاً». والله أعلم .

الفرع الثاني : هل صلاح نوع من الثمر صلاح لسائر أنواعه من الجنس نفسه؟

ذكرنا في الفرع السابق حكم صلاح ثمار النوع الواحد إذا بدا صلاح ثمرة منه، وفي هذا الفرع نذكر مسألة أخرى وهي صلاح نوع من الثمر هل يكون صلاحاً لسائر أنواعه من الجنس نفسه، فإذا وقع عقد البيع على أنواع مختلفة من الثمار كتمر «سكري» أو «برحي» فهل صلاح أحد هذه الأنواع يعتبر صلاحاً لسائر أنواع التمور في البستان نفسه؟

في ذلك خلاف بين الفقهاء على النحو التالي :

القول الأول : أن صلاح نوع من الثمار يعتبر صلاحاً لبقية أنواعه من الجنس نفسه. وهو قول المالكية[١] وظاهر مذهب الشافعية[٢]، وقول عند الحنابلة[٣] وقول الظاهرية إذا كان صفقة واحدة[٤].

---

(١) المعونة ١٠٠٨/٢ ، وشرح الخرشي ١٨٥/٥، والتاج والإكليل ٥٠٠/٤ .

(٢) المهذب ٢٨١/١، ومغني المحتاج ٩١/٢، ونهاية المحتاج ١٥٢/٤ .

(٣) المغني ٧٦/٤، والإنصاف ٧٩/٥، والمحرر ٣١٧/١ .

(٤) المحلى ٤٥٧/٨.

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - القياس على إكمال النصاب في الزكاة، فكما أن الجنس الواحد يضم بعضه إلى بعض لإكمال النصاب في الزكاة فكذا الحال في بيع الثمار، فيتبع ما لم يبد صلاحه ما بدا صلاحه[١].

٢ - أن أنواع الجنس الواحد، كما يذكر الخرشي يتلاحق طيبها عادة ، فالغالب تتابع طيب الثمار[٢].

٣ - أن عدم القول بجواز بيع النوع تبعاً لصلاح بقية أنواعه من جنسه فيه مشقة شديدة وضرر بالغ والمشقة مرفوعة في الشريعة المطهرة[٣].

القول الثاني : أن صلاح نوع من الثمار لا يعتبر صلاحاً لبقية أنواعه من الجنس نفسه. وهو قول للشافعية[٤]، وقول للحنابلة[٥].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - ما ذكره السبكي من أن بدو الصلاح في الثمرة الصيفية لا يكون صلاحاً للثمرة الشتوية، فكذلك القول بالنسبة للنوعين في الجنس الواحد، والعلة الجامعة هي أن بين الثمرة الصيفية والثمرة الشتوية وقتاً، كما هو الحال بين

---

(١) المغني ٤/٧٦ وقد ناقش ابن قدامة هذا الدليل بأن مسألتنا تخالف الزكاة فإن القصد هو الغنى من جنس ذلك المال لتقارب منفعته وقيام كل نوع مقام الآخر في المقصود، والمعنى ههنا هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك واختلاف الأيدي ولا يحصل ذلك في النوعين فصارا في هذا كالجنسين.

(٢) شرح الخرشي ٥/١٨٥ .

(٣) المعونة ٢/١٠٠٨.

(٤) تكملة المجموع ١١/٤٥١، ومغني المحتاج ٢/٩١ والحاوي ٥/١٩٥.

(٥) المغني ٤/٧٦، والإنصاف ٥/٧٩، وشرح الزركشي ٣/٥٠٥ .

النوعين في الجنس الواحد[١].

٢ - أن النوعين قد يتباعد إدراكهما كما هو مشاهد، فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح فصارا كالجنسين[٢].

المناقشة والترجيح :

يترجح لي في هذه المسألة القول القائل بأن صلاح النوع الواحد من الثمار يعتبر صلاحاً لبقية أنواعه من جنسه وذلك لما يلي :

١ - وجود المشقة والحرج في حالة عدم القول بذلك ، فإن اعتبار الصلاح في جميع الأنواع يشق ويسبب حرجاً بالغاً على الناس، والحرج مرفوع في الشريعة الإسلامية.

٢ - أن عدم اعتبار صلاح النوع من الثمرة صلاحاً لنوعها من الجنس نفسه يعتبر تفريقاً بين متماثلين منتمين إلى جنس واحد، ولا مانع شرعي من الجمع بينهما في الحكم، والشريعة لا تفرق بين المتماثلين في الحكم.

٣ - يرد على أصحاب القول الثاني قياسهم وقولهم بتباعد صلاح الثمرة الصيفية عن الثمرة الشتوية، وإلحاقهم الحكم بأنواع الثمرة من الجنس الواحد بأن نقول: لا حجة في هذا القياس، لأن الثمرة الشتوية والصيفية تختلفان في الوقت اختلافاً ظاهراً بعيداً، أما النوعان من الثمرة الواحدة فهما متقاربان غالباً، فلا وجه للقياس هنا[٣]. والله أعلم .

---

(١) تكملة المجموع ٤٥٢/١١.

(٢) المغني ٧٦/٤.

(٣) تكملة المجموع ٤٥٢/١١.

تنبيه :

مما يجدر التنبيه عليه في الفرعين السابقين دقة مذهب المالكية في بدو صلاح الثمار حيث إنهم قيدوا صلاح بقية الأنواع بتلاحق الطيب، فما كان يتلاحق طيبه بطيبه فإنه يعتبر صلاح النوع بصلاح أنواعه، وما كان لا يتلاحق طيبه بطيبه وكان متباعداً لم يعتبر(١).

(١) انظر في ذلك بداية المجتهد ٢/١٨١، وحاشية الدسوقي ٣/١٧٧، والمعونة ٢/١٠٠٨، والإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب ٢/٥٤٤.

المسألة الثانية : حكم بيع الثمرة بعد بدو صلاحها :

بعد أن ذكرنا في المسألة السابقة ما الذي يعتد به في بدو الصلاح، نذكر في هذه المسألة حكم بيع الثمرة بعد بدو صلاحها.

وحتى تتضح لنا المسألة جليا لابد أن نحرر محل النزاع فنقول:

١ - اتفق الفقهاء على صحة بيع الثمرة بعد بدو صلاحها إذا بيعت مطلقاً[١].

فإذا بيعت الثمرة دون اشتراط قطع الثمرة في الحال، ودون اشتراط بقائها، جاز ذلك بلا خلاف[٢].

والعلة فيه كما يقول القاضي عبد الوهاب أن الإطلاق يقتضي التبقية ولذلك منع قبل بدو الصلاح.

ولأن الإطلاق في العقود محمول على العرف فيكون كالمشترط بدليل وجود ذلك في النقد والسير والحمولة وغيرها، وفي نقل ما ينقل من المبيعات، والعرف في الثمار إذا بيعت تبقيتها إلى وقت الجداد والإدراك، فوجب حمل الإطلاق على ذلك[٣].

ثم إن مفهوم نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ظاهر في إباحة بيعها بعد بدو صلاحها مطلقاً[٤]. وقد نقل الاتفاق على

---

(١) الحنفية يقيدون ذلك بشرط القطع في الحال لأن إطلاق البيع عندهم يقتضي القطع، حاشية ابن عابدين ٣٨/٤، وبدائع الصنائع ١٧٣/٥.

(٢) انظر فتح القدير ٢٨٧/٦، ومواهب الجليل ٥٠٠/٤ ، ونهاية المحتاج ١٤٥/٤، والمحرر ٣١٦/١، والإنصاف ٧٤/٥، واللمعة الدمشقية ٣٥٥/٣.

(٣) المعونة ١٠٠٧/٢.

(٤) نهاية المحتاج ١٤٥/٤، والمغني ٧٥/٤.

ذلك السبكي[١].

٢ - واتفق الفقهاء على صحة بيع الثمرة بعد بدو صلاحها بشرط القطع في الحال.

وفي ذلك يقول القاضي عبدالوهاب (فإن بيعت بشرط القطع فجائز من غير خلاف لأنه إذا جاز ذلك قبل بدو الصلاح فبعده أولى)[٢].

وذكر ابن الهمام أنه لا خلاف في الجواز بعد بدو الصلاح عند الحنفية[٣]. كما يذكر الرملي أن مفهوم نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها الجواز بعد بدوه مطلقاً أي سواء عند الإطلاق أو الابقاء أو شرط القطع، والعلة هي أمن العاهة في الغالب[٤].

ونحو هذا الكلام يقرر ابن قدامة بقوله: (إذا بدا الصلاح في الثمرة جاز بيعها مطلقاً وبشرط التبقية إلى حال الجزاز وبشرط القطع)[٥]. وفي تكملة المجموع: (أن يبيعها بشرط القطع فهذا جائز إجماعاً) [٦].

وفي البحر الزخار (وأما بعد نفعه وصلاحه فمع شرط القطع يصح إجماعاً)[٧].

٣ - ما سبق هو اتفاق الفقهاء في جواز بيع الثمرة بعد بدو صلاحها على الاطلاق أو بشرط القطع.

---

(١) تكملة المجموع ٤٣٤/١١.

(٢) المعونة ١٠٠٦/٢، وانظر الاستذكار ١٠٤/١٩.

(٣) فتح القدير ٨٧/٦، وبدائع الصنائع ١٧٣/٥.

(٤) نهاية المحتاج ١٤٥/٤.

(٥) المغني ٧٥/٤.

(٦) تكملة المجموع ٧٥/١١.

(٧) البحر الزخار ٣١٥/٤.

أما نقطة الخلاف فهي فيما إذا بيعت الثمرة بعد بدو صلاحها بشرط التبقية إلى الجذاذ، فهل يصح هذا البيع؟ قولان للفقهاء:

القول الأول : مذهب جمهور الفقهاء: المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] والظاهرية[٤] والإمامية[٥].

وهو قول الزيدية إن علمت المدة[٦] : أن هذا البيع صحيح.

دليل هذا القول :

استدل الجمهور لقولهم بما يلي :

١ - حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها[٧].

٢ - حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى اله عليه وسلم نهى عن بيع ثمر النخل حتى يزهو، والسنبل حتى يبيض ويأمن العاهة[٨].

٣ - حديث أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو فقال: «أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه»[٩].

---

(١) مواهب الجليل ٤/٥٠٠، وحاشية الدسوقي ٣/١٧٦، والمعونة ٢/١٠٠٦.

(٢) مغني المحتاج ٢/٨٨، والحاوي ٥/١٩٣، وتكملة المجموع ١١/٤٣٥.

(٣) الإنصاف ٥/٧٤، والمغني ٤/٧٥، والمحرر ١/٣١٦ .

(٤) المحلى ٥/٤٢٦.

(٥) شرائع الإسلام ٢/٣٠٤، واللمعة الدمشقية ٣/٣٥٥.

(٦) البحر الزخار ٤/٣١٥.

(٧) تقدم تخريجه ص ٢٩٣ .

(٨) تقدم تخريجه ص ٢٨٥ .

(٩) تقدم تخريجه ص ٩٨ .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث يتضح في الأوجه التالية:

الوجـه الأول : أنه صلى الله عليه وسلم غيّا النهي بغاية وهي بدو الصلاح، فبوجودها يزول النهي، ويبقى على أصل الإذن في جواز البيع.

الوجه الثاني : أن ما بعد الغاية والحال هذه يعطي عكس حكم ما قبلها، وإلا فذكر الغاية إذاً وعدمها سيان، وماقبلها لا يجوز إلا بشرط القطع كما سبق، فما بعدها يجوز وإن شرط الترك.

الوجـه الثـالث : أنه صلى الله عليه وسلم علل المنع بعلة وهي الخوف من التلف ووقوع العاهة بها، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، وإذا بدا الصلاح في الثمرة زالت العلة غالباً فيزول المنع بزوالها[(١)].

٤ - لأن الشرط إذا كان موافقاً للعرف لم يقدح في صحة العقد، وقد بينا فيما سبق أن العرف في الثمار تركها إلى وقت الجذاذ، وهذا لا يفسد العقد، وكذا ما وافقه من شرط[(٢)].

القـول الثـاني : يرى الحنفية أنه لا يصح بيع الثمرة بعد بدو صلاحها بشرط التبقية، إلا محمد بن الحسن فإنه يرى جواز إبقائها إذا تناهى عظمها[(٣)].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - أن شرط إبقاء الثمرة شرط لا يقتضيه العقد، والقاعدة أنه لا يصح

---

(١) شرح الزركشي ٣/٥٠٣ - ٥٠٤، وانظر المعونة ٢/١٠٠٧، والحاوي ٥/١٩٣، والمغني ٤/٧٥.

(٢) المعونة ٢/١٠٠٧، والحاوي ٥/١٩٣، والمغني ٤/٧٦. وقد ناقش الحنفية هذا الدليل بأن هذا الشرط لا يلائم العقد ولا يقتضيه بل فيه منفعة للمشتري فيكون مفسداً، بدائع الصنائع ٥/١٧٣.

(٣) فتح القدير ٦/٢٨٨، وبدائع الصنائع ٥/١٧٣، والفتاوى الهندية ٣/١٠٦

اشتراط ما ليس من مقتضى العقد، فإن اشترط فإنه غير ملزم لطرفي العقد البائع والمشتري[١].

٢ – أن مقتضى عقد البيع وجوب استلام المشتري العين المبيعة، وبقاء الثمرة على الأصل بعد البيع فيه شغل لملك الغير، وهو لا يجوز، ولا يتحقق استلام المشتري للثمرة هنا إلا بقطعها[٢].

٣ – أن بقاء الثمرة على أصلها لا يخلو من حالين: إما أن يكون إجارة، وإما أن يكون إعارة، وفي الحالين يعتبر هذا صفقتين في صفقة، لأنه إن شرط بقاء الثمرة بأجرة فهو إجارة، وإن شرط بقاءها بغير أجرة فهو إعارة، فتكون صفقتين في صفقة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع صفقتين في صفقة[٣] كما في الحديث المشهور[٤].

٤ – أنها ثمرة بيعت بشرط الترك فوجب أن يكون بيعها باطلاً قياساً على الثمرة التي لم يبد صلاحها[٥].

٥ – ودليل محمد بن الحسن الاستحسان بالتعامل لأنهم تعارفوا التعامل، فما تناهى عظمه جاز بيعه، ولأنه شرط يقتضيه العقد[٦].

المناقشة والترجيح :

بعد عرض القولين يظهر لي رجحان قول الجمهور صحة بيع الثمرة بعد بدو

---

(١) فتح القدير ٦/٢٨٨، وبدائع الصنائع ٥/١٧٣.

(٢) فتح القدير ٦/٢٨٨.

(٣) أخرجه أحمد في المسند (١/٣٩٨) وأخرج العقيلي في الضعفاء (٣/٢٨٨) رواية «صفقتان في صفقة ربا». أخرجها مرفوعة وموقوفة، ورجح الموقوفة .

(٤) فتح القدير ٦/٢٨٨، وبدائع الصنائع ٥/١٧٣.

(٥) استدل بهذا الحديث للحنفية الماوردي كما في الحاوي ٥/١٩٣.

(٦) فتح القدير ٦/٢٨٨.

صلاحها بشرط الإبقاء للأدلة التالية:

١ – أن الحديث ظاهر في تحريم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وظاهر في أن مفهومه إباحة بيعها بعد بدو صلاحها، وإلا لما كان للتقييد فائدة.

فالمنهي عنه كما في الحديث قبل بدو صلاح الثمرة بشرط التبقية كما سبق، فوجب أن يكون ذلك جائز بعد بدو الصلاح، وإلا لم يكن بدو الصلاح غاية ولا فائدة من ذكره.

٢ – أن العلة كما ذكر الجمهور من عدم صحة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها هو عدم أمن العاهة، وهذا التعليل يدل على التبقية، لأن ما يقطع في الحال لا يخاف العاهة عليه، وإذا بدا صلاح الثمرة فقد أمنت العاهة، فلذلك جاز بيعها لزوال علة المنع.

٣ – أما استدلال الحنفية بأن شرط الإبقاء ليس من مقتضى العقد فهو غير صحيح، إذ أن شرط الإبقاء شرط صحيح لم يحلل حراماً ولم يحرم حلالاً فليس فيه منافاة لمقتضى العقد.

٤ – وأما استدلالهم بعدم جواز اشتراط بقاء الثمرة على الأصل بعد البيع لأن فيه شغلاً لملك الغير، فيمكن القول بأن بقاء الثمرة على الأصل لا يعتبر شغلاً لملك الغير إذ أن كون الثمرة على الأصل أمر خلقي، إذ لو قطعت الثمرة فإن البائع لا يمكن أن يضع ثمرة فوق الأصل بدلاً من الثمرة التي باعها، وعلى افتراض أن في بقاء الثمرة شغلاً لملك الغير فإن الشرط نفسه يسوغ البقاء.

٥ – ويجاب عن قولهم بأن شرط البقاء يعتبر صفقتين في صفقة لأنه إما إجارة وإما إعارة، بأن نقول: بيع الصفقتين في صفقة إنما يقع فيما إذا اشترطت الأجرة من عدمها، ومسألتنا هذه ليس فيها شرط أجرة(١).

(١) انظر بيع العقار والثمار للدكتور محمد العثمان ٣١٨ – ٣١٩ .

ثم قد ذكر البابرتي من علماء الحنفية أن هذا الدليل فيه تأمل حيث يقول عن الدليل: (وفيه تأمل لأن ذلك إنما يكون صفقة أن لو جازت إعارة الأشجار أو إجارتها، وليس كذلك)[١].

٦ - وأجاب الماوردي عن قياس الحنفية ما بدا صلاحه على ما لم يبد صلاحه بعدم صحة هذا القياس لأن السنة قد فرقت بينهما في الجواز والمنع[٢].

٧ - قال الشوكاني في ترجيحه صحة بيع الثمرة بعد بدو صلاحها مطلقاً في الأحوال الثلاث: (وظاهر النصوص أيضا أن البيع بعد ظهور الصلاح صحيح سواء شرط البقاء أم لم يشرط، لأن الشارع قد جعل النهي ممتداً إلى غاية بدو الصلاح وما بعد الغاية مخالف لما قبلها، ومن ادعى أن شرط البقاء مفسد فعليه الدليل، ولا ينفعه في المقام ما ورد من النهي عن بيع وشرط، لأنه يلزمه في تجويزه للبيع قبل الصلاح مع شرط القطع وهو بيع وشرط، وأيضا ليس كل شرط في البيع منهياً عنه فإن اشتراط جابر بعد بيعه للجمل أن يكون له ظهره إلى المدينة قد صححه الشارع... وهو شبيه بالشرط الذي نحن بصدده... وأما دعوى الإجماع على الفساد بشرط البقاء كما سلف فدعوى فاسدة، فإنه قد حكى صاحب الفتح عن الجمهور أنه يجوز البيع بعد الصلاح بشرط البقاء ولم يحك الخلاف في ذلك إلا عن أبي حنيفة)[٣]. والله أعلم .

---

(١) العناية ٢٨٨/٦ .

(٢) الحاوي ١٩٣/٥.

(٣) نيل الأوطار ١٩٧/٥.

المبحث الثالث

حكم بيع الحبوب والبقول

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: بيع الحب مع سنبله

المطلب الثاني: بيع ما يتكرر جنيه من البقول

المطلب الأول
بيع الحب مع سنبله

في هذه المسألة خلاف ووفاق بين الفقهاء ، حيث إنهم اتفقوا على أنه لا يجوز أن تفرد الحنطة في سنبلها بالشراء دون السنبل.

ففي المجموع : (أما ما لا يرى حبه في سنبله كالحنطة والعدس والحمص والسمسم والحبة السوداء، فمادام في سنبله لا يجوز بيعه منفرداً عن سنبله بلا خلاف)(١).

وذكر الاتفاق ابن رشد الحفيد بقوله : (العلماء اتفقوا على أنه لا يجوز بيع الحنطة في سنبلها دون السنبل) وبين العلة من عدم الجواز وهي أنه من بيع المجهول بقوله: (لأنه بيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته)(٢).

ونقل الاتفاق على ذلك أيضاً القاضي عبدالوهاب ففي المعونة: (بيع الحنطة في سنبلها مفردة عن السنبل غير جائز بالإجماع)(٣).

وقال الباجي : (لا خلاف أنه لا يجوز أن تفرد الحنطة في سنبلها بالشراء دون السنبل)(٤).

هذا هو موضع الوفاق ، أما الخلاف فهو في بيع السنبل نفسه مع الحب فهل يجوز بيع الحب المشتد مع سنبله ؟ في ذلك قولان للفقهاء:

---

(١) المجموع ٩/٣٠٨ .

(٢) بداية المجتهد ٢/١٨١ .

(٣) المعونة ٢/١٠١١.

(٤) المنتقى ٤/٢٢٠.

القول الأول : قول جمهور الفقهاء : الحنفية[١] والمالكية[٢] والحنابلة[٣] وقول الشافعي في القديم[٤]، وقول الظاهرية[٥] والإمامية[٦] : وهو صحة هذا البيع.

دليل هذا القول :

استدل الجمهور لقولهم بما يلي :

١ - حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة[٧].

وجه الدلالة من الحديث :

أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل غاية المنع من بيع السنبل عند الاشتداد وبدو الصلاح فدل على الجواز بعده، وحيث إنه لا يمكن أن يباع إلا الحب مع سنبله جاز بيعه[٨].

٢ - أن بيع الحب في سنبله بعد اشتداده كبيع الثمرة في أصلها بعد بدو صلاحها، فإنه إذا اشتد الحب بدا صلاحه فصار كالثمرة إذا بدا صلاحها، وقد سبق جواز بيع الثمرة بعد بدو صلاحها، فجاز بيع الحب في سنبله بعد بدو

---

(١) تبيين الحقائق ٤/١٢، وفتح القدير ٦/٢٩٣، والاختيار ١/٢٣٧.

(٢) المنتقى ٤/٢٢٠، وبداية المجتهد ٢/١٨١، والمعونة ٢/١٠١١ .

(٣) المغني ٤/٧٣، وكشاف القناع ٣/٢٨١، والمبدع ٤/١٦٥ .

(٤) مغني المحتاج ٢/٩٠، والمهذب ١/٢٦٤، والتنبيه ١٤٠.

(٥) المحلى ٨/٤٠٥.

(٦) تحرير الوسيلة ١/٥٠٦.

(٧) تقدم تخريجه ص ٢٨٥ .

(٨) المنتقى ٤/٢٢٠، وبداية المجتهد ٢/١٨١، والمغني ٤/٧٣. وقد ناقش الشافعية هذا الدليل بأن المقصود في الحديث الشعير ونحوه دون الحنطة لبروز حبات الشعير بخلاف حبات الحنطة، مغني المحتاج ٢/٩٠، ونهاية المحتاج ٤/١٥٠.

صلاحه بجامع بدو الصلاح في كلٍ، والقاعدة أنه لا يجوز التفريق بين متماثلين في الحكم[١].

٣ - أن حب الحنطة وما شابهه حب منتفع به بدليل قوله تعالى: «فذروه في سنبله»[٢] فجاز بيعه في سنبله قياساً على بيع الشعير، بجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما.

٤ - أن الحنطة في سنبلها مال معلوم، فهو مشار إليه، وبالإشارة كفاية في التعريف إذ المانع من رؤية عينها لا يخل بإدراك قدره في الجملة، ولو لم نقل بذلك لامتنع بيع الصبرة بالمشاهدة[٣].

القول الثاني : لا يجوز بيع الحب المشتد في سنبله، وهو قول الشافعي في الجديد[٤].

دليل هذا القول :

استدل الشافعي لقوله بما يلي :

١ - لا يجوز بيع الحنطة في سنبلها لأنه لا يعلم قدر ما فيها من الحب، ولا صفة الحب، وذلك غرر لا تدعو الحاجة إليه فلم يجز بيعها لذلك، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر[٥] ، وبيع الحنطة في سنبلها غرر لأنه تردد بين الجودة والرداءة والصحة والفساد.

---

(١) المغني ٤/٧٣.

(٢) سورة يوسف آية ٤٧ .

(٣) فتح القدير ٦/٢٩٤.

(٤) الأم ١/٥٣، ومغني المحتاج ٢/٩٠، والمجموع ٩/٣٠٨.

(٥) أخرجه مسلم ٣/١١٥٣ كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر رقم الحديث (١٥١٣).

فالتحريم هنا للجهالة : جهالة القدر، وجهالة الصفة، ومن المعلوم أن الجهالة مفسدة للبيع[١].

٢ - أن المقصود منه مستتر بما ليس من صلاحه كالحنطة في تبنها بعد الدياس[٢] فإنه لا يصح بيعها[٣].

٣ - لأن الحنطة بعد الدرس في تبنها أقرب إلى تصفيتها من أن تكون في سنبلها، فلما لم يجز بيعها في أقرب الحالين إلى التصفية فأولى أن لا يجوز في أبعدهما من التصفية[٤].

المناقشة والترجيح :

يظهر لي من خلال عرض أدلة القولين رجحان القول الأول وهو جواز بيع الحب المشتد في سنبله وذلك للأدلة التالية:

١ - أن الحديث نص في عدم جواز بيع السنبل حتى يبدو صلاحه، ومفهومه جوازه بعد بدو الصلاح، فإن بدا صلاحه جاز بيعه وإلا لما كان لذكر الغاية فائدة كما سبق القول في بيع الثمرة بعد بدو صلاحها.

٢ - حمل الحديث على الشعير ونحوه لا يستقيم، لأن الحديث لم يفصل بين حب وحب، فلا يجوز التفريق ويجب إبقاء النص على إطلاقه.

٣ - احتجاج الشافعية بالجهالة والغرر منقوض بإجازتهم بيع الشعير في سنبله مع أن فيه غرراً من حيث القدر فلا فرق بينه في ذلك وبين الحنطة في

(١) المهذب ١/٢٦٤، والحاوي ٥/٢٠٠.

(٢) الدياس وطء الزرع بقوائم الدواب أو بآلة حتى ينفصل الحب عن التبن. معجم لغة الفقهاء (٢١١).

(٣) مغني المحتاج ٢/٩٠ ، ونهاية المحتاج ٤/١٥٠ .

(٤) الحاوي ٥/٢٠٠ .

سنبلها، ثم إن الحنطة يمكن تقدير جودتها ورؤية حبها بفرك بعض السنبل.

٤ - أن الناس - كما يقول ان تيمية - محتاجون إلى هذه البيوع، والشارع لا يحرم ما يحتاج الناس إليه من البيع لأجل نوع من الغرر، بل يبيح ما يحتاج الناس إليه في ذلك، كما أباح بيع الثمار قبل بدو صلاحها مبقاة إلى الجذاذ، وإن كان بعض المبيع لم يخلق، وكما أباح أن يشترط المشتري ثمرة النخل المؤبر، وذلك اشتراء قبل بدو صلاحها لكنه تابع للشجرة، وأباح بيع العرايا بخرصها، فأقام التقدير بالخرص مقام التقدير بالكيل عند الحاجة، مع أن ذلك يدخل في الربا الذي هو أعظم من بيع الغرر.

وهذه قاعدة الشريعة : وهو تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما، ودفع أعظم المفسدتين بالتزام أدناهما[1]. والله أعلم .

---

(١) مجموع الفتاوى ٢٢٧/٢٩ - ٢٢٨ .

المطلب الثاني
بيع ما يتكرر جنيه من البقول

هناك أنواع من البقول ونحوها كالقثاء والخيار والبطيخ والباذنجان، يتكرر جنيه مرة بعد أخرى، وقد اتفق الفقهاء على جواز بيعه جزة جزة ولقطة لقطة كما يقول الكاساني أنه قول عامة العلماء[١].

إلا أنهم اختلفوا في حكم بيع اللقطة أو الجزة الظاهرة التي لم تخلق بعد، أي هل يجوز بيع المعدوم منها والموجود؟ قولان في المسألة:

القول الأول :

لا يجوز بيع ما يتكرر جنيه من البقول ونحوها إلا لقطة لقطة. وهو قول الحنفية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المعاومة[٥].

وجه الدلالة من الحديث :

أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المعاومة، وهي بيع السنين ومعناه أن

---

(١) بدائع الصنائع ١٣٩/٥ .

(٢) بدائع الصنائع ١٣٩/٥، والفتاوى الهندية ١٠٩/٣.

(٣) الأم ٦٧/٣، ومغني المحتاج ٩٢/٢، ونهاية المحتاج ١٥٥/٤ .

(٤) المغني ٧٧/٤، ومختصر الخرقي (١١٤)، والروض المربع (٣٥٠) .

(٥) أخرجه مسلم ١١٧٥/٣ في كتاب البيوع باب النهي عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة رقم الحديث (١٥٣٦).

يبيع ثمر الشجرة عامين أو ثلاثة أو أكثر، وهو بيع باطل بالإجماع كما ينقل النووي[١] ، لأنه بيع معدوم[٢] ومجهول غير مقدور على تسليمه وغير مملوك للعاقد.

وهذه العلل كلها موجودة في بيع ما يتكرر جنيه من البقول ونحوها، فإذا اتحدت العلة كان الحكم واحداً وهو عدم الجوان، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

٢ - أن هذه الثمرة لم تخلق بعد فلم يجز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها، فهي في حكم المعدوم المجهول[٣]. وبيع المجهول باطل كبيع حبل الحبلة[٤]، وبيع اللبن في الضرع[٥] وبيع عسب الفحل[٦] وغيرها من البيوع الباطلة بسبب الجهالة[٧].

٣ - أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها وهي ترى، فينبغي أن يكون الحكم ذاته في بيع ما لم ير ولم يبد صلاحه كمسألتنا

---

(١) شرح صحيح مسلم ١٠/١٩٣.

(٢) بداية المجتهد ٢/١٨٧، وانظر الأم ٣/٤٩ ، والمقنع شرح مختصر الخرقي ٢/٦٧٧.

(٣) المغني ٤/٧٨.

(٤) هو بيع ولد الناقة الحامل، وورد النهي عنه في حديث ابن عمر في صحيح البخاري ٢/٢٠٠ كتاب البيوع باب بيع الغرر وحبل الحبلة رقم الحديث (٢١٤٣)، وصحيح مسلم ٣/١١٥٣ كتاب البيوع باب تحريم بيع حبل الحبلة رقم الحديث (١٥١٤). انظر فتح الباري ٤/٣٥٦ - ٣٥٧.

(٥) ورد النهي عن ذلك في حديث أبي سعيد الخدري في سنن ابن ماجة ٢/٧٤٠ كتاب التجارات باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائص. رقم الحديث (٢١٩٦) بإسناد ضعيف كما ذكر ابن حجر في بلوغ المرام (٢٠٩).

(٦) هو ماء الذكر من الحيوان وقيل أجرة الجماع، وقد ورد النهي عنه في حديث ابن عمر في صحيح البخاري ٢/١٣٨ كتاب الإجارة باب عسب الفحل رقم الحديث ٢٢٨٤. انظر فتح الباري ٤/٤٦١.

(٧) بدائع الصنائع ٥/١٣٩.

هذه بل أشد لأنه يزيد عليها أنه لا يرى، وفي ذلك يقول الشافعي: (وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها لئلا تصيبها العاهة، فكيف لا ينهي عن بيع ما لم يخلق قط وما تأتي العاهة على شجره وعليه في أول خروجه، وهذا محرم من مواضع، من هذا، ومن بيع السنين، ومن بيع ما لم يملك، وتضمين صاحبه[١]، وغير وجه)[٢].

ويوضح ذلك الماوردي بقوله: (ولأن النخل أثبت من البطيخ أصلاً، وحمله أقل من البطيخ خطراً، فلما لم يجز بيع ما لم يخلق من غير النخل تبعاً لما خلق، فأولى أن لا يجوز بيع ما لم يخلق من البطيخ تبعاً لما خلق، وتحريره قياساً على أنها ثمرة لا يجوز إفرادها بالعقد، فوجوب إذا لم تدخل في البيع بغير شرط أن لا تدخل فيه بالشرط كالنخل لأنه لما لم يجز بيع ما لم يبد صلاحه مع وجوده وقلة غرره، فبيع ما لم يخلق أولى أن لا يجوز مع عدمه وكثرة غرره)[٣].

القول الثاني: يجوز بيع ما يتكرر جنيه من البقول ونحوها، وثمرته للمشتري حتى انقطاعها. وبه يقول المالكية[٤] وهو قول عند الحنابلة[٥].

---

(١) يشير إلى حديث النهي عن ربح ما لم يضمن وبيع ما لم يملك وهو في سنن أبي داود ٣/٧٦٩ كتاب البيوع باب في الرجل يبيع ما ليس عنده. رقم الحديث (٣٥٠٤) والترمذي ٣/٥٣٥ كتاب البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك رقم الحديث (١٢٣٤) وابن ماجة ٢/٧٣٧ كتاب التجارات باب النهي عن بيع ما ليس عندك رقم الحديث (٢١٨٨) وصححه الترمذي.

(٢) الأم ٣/٤٩.

(٣) الحاوي ٥/١٩٧.

(٤) القوانين (٢٨٧)، والشرح الصغير ٢/٨٦، وحاشية الدسوقي ٣/١٧٨. وهذا القول فيما يتصل ولا يتميز، أما الذي يتميز وينفصل ففيه روايتان عند المالكية كما في بداية المجتهد ٢/١٨٧.

(٥) الإنصاف ٥/٦٨، ومجموع الفتاوى ٢٩/٤٨٤، وإعلام الموقعين ٢/٣١.

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - أنها ثمرة لا يمكن حبس أولها على آخرها، فجاز أن يباع ما لم يبد صلاحه بما بدا صلاحه كالتين والخوخ[١].

يوضح ذلك ابن رشد الحفيد بقوله : (وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره، فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه) ثم يبين الأصل في ذلك وهو (جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب، لأن الغرر في الصفة شبيه بالغرر في عين الشيء)[٢].

٢ - أن الحاجة داعية إلى بيع هذا النوع من الثمار وإن لم يخلق بعد، فيجوز بيع الجميع لأن ذلك يشق تمييزه، فكان ما لم يظهر تبعاً لما ظهر، كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا.

بين ذلك ابن رشد الحفيد بقوله عن مالك : (وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار، أعني ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة، والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة)[٣].

المناقشة والترجيح :

يظهر لي من خلال عرض أدلة القولين رجحان القول الثاني والمرجح ما يلي :

---

(١) المنتقى ٤/٢٢٢.

(٢) بداية المجتهد ٢/١٨٧ وقد ناقش الماوردي هذا الاستدلال بأن ما لم يبد صلاحه لما جاز إفراده بالعقد جاز أن ينضم في العقد إلى غيره، وما لم يخلق لما لم يجز إفراده في العقد لم يجز أن يضم في العقد إلى غيره، الحاوي ٥/١٩٧.

(٣) بداية المجتهد ٢/١٨٧ وقد ناقش الماوردي ذلك بأنها دعوى غير صحيحة لأنه يقدر على أخذ ما خلق وبيعه حالاً بعد حال ولا يقدر على مثل هذا في الإجارة ويمكنه بيع ما خلق والسماحة بما لم يخلق، الحاوي ٥/١٩٧.

١ - أن الشريعة استقرت على أن ما يحتاج إلى بيعه يجوز بيعه وإن كان معدوما، كالمنافع، وأجر الثمر الذي لم يبد صلاحه مع الأصل، والذي بدا صلاحه مع الأصل، والذي بدا صلاحه مطلقا.

والحاجة والضرورة داعية إلى ذلك، إذ لا يمكن بيع الثمرة إلا كذلك، وبيعها لقطة لقطة متعذر أو متعسر لعدم التمييز، وكلاهما منتف شرعاً[١].

٢ - أن بيع مثل هذا النوع من الثمار إن سلمنا أنه قد يفضي إلى نوع من الفساد، فإن الفساد في تحريم ذلك أعظم لعظم الحاجة، فوجب دفع أعظم الفسادين باحتمال أدناهما، وهي قاعدة مستقرة في الشريعة كما يذكر ابن تيمية[٢].

وكذا يذكر ابن القيم بأن هذا القول أصح (فإنه لا يمكن بيعها - أي المقاثي والمباطخ[٣] والباذنجان - إلا على هذا الوجه، ولا تتميز اللقطة المبيعة من غيرها، ولا تقوم المصلحة ببيعها كذلك، ولو كلف الناس به لكان أشق شيء عليهم، وأعظمه ضرراً، والشريعة لا تأتي به)، ثم بين أن دخول الأجزاء والأعيان التي لم تخلق بعد، كدخول أجزاء الثمار وما يتلاحق في الشجر منها، لا فرق بينهما البتة[٤]. والله أعلم.

---

(١) مجموع الفتاوى ٤٨٥/٢٩.

(٢) مجموع الفتاوى ٤٨٥/٢٩.

(٣) المباطخ: مزارع البطيخ، جمع مطبخة وهي منبت البطيخ. لسان العرب (٩/٣) مادة: « بطخ ».

(٤) إعلام الموقعين ٣١/٢.

الفصل الثاني

وضع الجوائح

أتحدث في هذا الفصل عن مسألة وضع الجوائح وهي أساس الموضوع كله فأبين المراد بوضع الجوائح، ثم أحرر محل النزاع، وبعد ذلك أذكر خلاف العلماء في حكم وضع الجائحة مبيناً الأقوال والأدلة والمناقشات وسبب الخلاف فالترجيح.

حكم وضع الجائحة

هذه المسألة هي لب البحث وأساسه، وعليها تتفرع مسائل الجوائح وأحكامها، وقد اختلف فيها الفقهاء اختلافاً كبيراً وفرعوا عليها تفريعات كثيرة، وسوف نعرض هذه المسألة بالتفصيل بذكر أقوال الأئمة وأدلتهم، ومناقشة الأدلة، وذكر سبب الخلاف في المسألة وثمرته، ثم بعد ذلك ترجيح ما كان راجحاً.

وقبل عرض الخلاف في المسألة أبين معنى وضع الجائحة، ومواضع الاتفاق بين الأئمة ثم أبين نقطة الخلاف ومحل النزاع.

معنى وضع الجائحة :

قد ذكرت في التمهيد معنى الجائحة، وحتى يتبين معنى وضعها أبين معنى الوضع.

قال ابن فارس : (الواو والضاد والعين أصل واحد يدل على الخفض للشيء وحطه... ووضع في تجارته يوضع: خسر)[١].

وفي لسان العرب : (الوضع ضد الرفع ، وضعه يضعه وضعاً وموضوعاً... والوضيعة: الحطيطة. وقد استوضع منه إذا استحط... ووضع عنه الدين والدم وجميع أنواع الجناية يضعه وضعاً: أسقطه عنه... ودين وضيع : موضوع.

وفي الحديث «من أنظر معسراً أو وضع له»[٢] : أي حط عنه من أصل الدين

---

(١) معجم مقاييس اللغة ١١٧/٦، وانظر المصباح المنير (٢٥٤) ، ومختار الصحاح (٣٠٢ - ٣٠٣) مادة «وضع».

(٢) أخرجه مسلم ٢٣٠٢/٤ في كتاب الزهد والرقائق باب حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر. ورقم الحديث (٣٠٠٦).

شيئا[١].

ووضع في تجارته ضَعة وضِعة فهو موضوع فيها وأُوضِع ووَضع وضعاً : غُبن وخسر فيها، والوضيعة: الخسارة، وقد وُضع في البيع يوضع وضيعة يعني: أن الخسارة من رأس المال[٢].

مما سبق يتضح لنا معنى الوضع في اللغة ، فهو يأتي بمعنى الحط من أصل الدين كله أو بعضه، ويأتي بمعنى الإسقاط ويأتي بمعنى الخسارة.

وبهذا يتضح لنا معنى وضع الجوائح ، فإذا وقعت الجائحة وأتلفت الثمرة المعقود عليها فهل توضع أو لا توضع ؟ أي هل تكون في ضمان البائع فيحط أو يسقط عن المشتري ما دفع من المال فتكون موضوعة، أو لا توضع فتكون من ضمان المشتري ولا يحط من قدر الثمن شيئاً ولا يسقط؟

هذا هو معنى وضع الجائحة عند الفقهاء ، وقبل أن أشرع في المقصود وهو بيان حكم وضع الجوائح وأقوال الفقهاء في المسألة أحرر محل النزاع بذكر مواطن الاتفاق ثم محل الخلاف.

مواطن الاتفاق :

١ - اتفق الفقهاء على أن الثمرة إذا بيعت مع أصلها فلا وضع فيها وتكون من ضمان المشتري، وكذا إذا بيعت من مالك أصلها[٣].

---

(١) النهاية في غريب الحديث (١٩٨/٥) والغريبين في القرآن والحديث للهروي (٢٠١١/٦) مادة «وضع».

(٢) لسان العرب ٣٩٦/٨ - ٣٩٨) ، وانظر القاموس ١٣٤/٣، والمغرب ٣٥٩/٢، والكليات (٢٤٠)، والمطلع (٢٦٠)، والدر النقي ٥١١/٣، وطلبة الطلبة (٣٠٣).

(٣) الذخيرة ٢٢١/٥، ومغني المحتاج ٩٢/٢، والإنصاف ٧٧/٥.

٢ - واتفقوا على أن الثمرة إذا أجيحت قبل التخلية فإنها من ضمان البائع لا المشتري[١].

٣ - وكذا اتفقوا على أن الثمرة إذا أجيحت بعد نضجها وإمكان جذاذها فإنها من ضمان المشتري[٢]، وكذا إذا أجيحت بعد الجذاذ[٣].

محل الخلاف :

اختلف الفقهاء في الثمرة إذا بيعت بعد بدو صلاحها مفردة عن أصلها ومن غير مالك أصلها، وسلمها البائع إلى المشتري بالتخلية بينه وبينها، ثم تلفت قبل أوان الجذاذ فهل توضع أو لا توضع، أي هل توضع عن المشتري فتكون من ضمان البائع يلزم بها، أو لا توضع عن المشتري فلا يلزم البائع بها ويتحملها المشتري فتكون من ضمانه؟

(١) شرح معاني الآثار ٣٥/٤، والمنتقى ٢٣٣/٤، مغني المحتاج ٩٢/٢، ومطالب أولي النهى ٢٠٣/٣.

(٢) حاشية الدسوقي ١٨٣/٣، والحاوي ٢٠٩/٥، والكافي لابن قدامة ٧٧/٢.

(٣) درر الحكام ٢٧٨/١، والشرح الصغير ٨٧/٤، والتاج والإكليل ٥٠٦/٤، والحاوي ٢١٠/٥، وشرح منتهى الإرادات ٢١٢/٢.

للفقهاء في هذه المسألة قولان :

القول الأول : ذهب الحنفية(١) والشافعي في قوله الجديد(٢) والظاهرية(٣) والزيدية(٤) والإمامية(٥) إلى عدم وجوب وضع الجائحة عن المشتري فهي في ضمانه.

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بأدلة منها :

١ – حديث أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي، قيل وما تزهي؟ قال: حتى تحمر. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»(٦).

وجه الدلالة من الحديث :

أنه لو كانت الجائحة مضمونة على البائع لما استضر المشتري بالجائحة قبل بدو صلاح الثمرة، ولما كان لنهيه عنه حفظاً لمال المشتري وجهاً، لأنه محفوظ إن تلف في الحالين بالرجوع إلى البائع، فلما نهى عن البيع في الحال التي يخاف من

---

(١) مختصر الطحاوي (٧٨) ، وبدائع الصنائع ٥/٢٣٩، وشرح معاني الآثار ٤/٣٥.

(٢) الأم ٣/٥٧، ومغني المحتاج ٢/٩٢، والحاوي ٥/٢٠٥.

(٣) المحلى ٨/٣٧٩

(٤) البحر الزخار ٤/٣٦٩، والسيل الجرار ٣/١٢٠.

(٥) شرائع الإسلام ٢/٥٣، وفقه الإمام جعفر الصادق ٣/٢٨٥، وتحرير الوسيلة ١/٥٠٥.

(٦) تقدم تخريجه ص ٩٨

الجائحة فيها لأن لا يأخذ مال المشتري بغير حق: علم أن الجائحة لا تكون مضمونة على البائع، وأنها مضمونة فيما صح بيعه على المشتري(١).

وفي إعلاء السنن : (ويدل على ذلك أيضا أنه لو كان الأمر بوضع الجائحة للوجوب مطلقا لم يكن لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح معنى لأن علته هو حفظ مال المسلم عن التلف كما يدل عليه قوله: «أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه» وبعد قانون وضع الجائحة لا يبقى هذا المعنى ، فلا معنى للنهي)(٢).

٢ - حديث عائشة رضي الله عنها أن رجلا من الأنصار ابتاع من رجل ثمرة فأصيب فيها فسأل البائع أن يحطه شيئاً، فحلف بالله لا يفعل، فأتت أمه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «تألى أن لا يفعل خيراً»(٣).

وجه الدلالة من الحديث من وجهين :

الوجه الأول : أن النبي صلى الله عليه وسلم أخرج الحط عن المشتري مخرج الخير والفضل لا مخرج الوجوب والحتم، فدل على عدم الوجوب وإنما الاستحباب فقط.

الوجه الثاني : أنه لم يجبر البائع على الحط عن المشتري حتى بلغ البائع

---

(١) الحاوي ٥/٢٠٦، وانظر شرح معاني الآثار ٤/٣٤، والمحلى ٨/٣٨٤.

(٢) إعلاء السنن ١٤/٣٩.

(٣) أخرجه مالك ٢/٦٢١ كتاب البيوع باب الجائحة في بيع الثمر والزرع، وهو مرسل وصله البخاري ٢/٢٧٠ في كتاب الصلح باب هل يشير الإمام بالصلح رقم الحديث (٢٧٠٥)، ومسلم ٣/١١٩١ في المساقاة باب استحباب الوضع من الدين رقم الحديث (١٥٥٧).

ذلك، فتطوع بحطه عنه، ولو كان واجباً لأجبره عليه[١].

٣ - حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رجلا اشترى ثمراً فأصيب فيها فكثر دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «تصدقوا عليه» فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»[٢].

وجه الدلالة من الحديث :

أنه لما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبطل دين الغرماء ، بذهاب الثمار، وفيهم باعتها، ولم يرده على البائع بالثمن، إن كانوا قد قبضوا ذلك منه: ثبت أن الجوائح الحادثة في يد المشتري لا تكون مطالبة عنه شيئا من الثمن الذي عليه للبائع، وأن الأمر بوضع الجوائح ليس على عمومه[٣].

قال الماوردي : (فلو أن الجوائح مضمونة على المشتري لما أحوجه إلى الصدقة، وجعل لغرمائه ما وجدوه، ولكان يجعلها مضمونة على بائعها، ويضعها على المشتري)[٤].

٤ - أن الأمر بوضع الجوائح هو أمر ندب بعد القبض ، وأمر وجوب قبله، والدليل على أن أنه أمر وجوب قبل القبض أنه قبل القبض يكون المبيع في ضمان البائع، ويوجب هلاكه انفساخ البيع، فلا يحل للبائع أخذ الثمن، وأما بعد القبض

---

(١) الحاوي ٥/٢٠٦ - ٢٠٧، وانظر الأم ٣/٥٧، ومختصر اختلاف الفقهاء ٣/١٠١.

(٢) أخرجه مسلم ٣/١١١٩ في كتاب المساقاة باب استحباب الوضع من الدين رقم الحديث (١٥٥٦).

(٣) شرح معاني الآثار ٤/٣٦، وانظر فتح الباري ٤/٣٩٩، وشرح صحيح مسلم ١٠/٢١٧، ونهاية المحتاج ٤/١٥٤.

(٤) الحاوي ٥/٢٠٧ ، وانظر مختصر اختلاف العلماء ٣/١٠٢.

فتخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري، وهلاكه في ضمانه لا يوجب سقوط الثمن، كما في غير الثمر من المبيعات[١].

يوضح ذلك الماوردي فيذكر أن الثمرة تكون مقبوضة على رؤوس نخلها بالتمكين والتخلية بدليل أن للمشتري بيعها بعد التمكين منها، ولو لم تكن مقبوضة لم يجز، ولذلك إن تلفت بعد القبض فإنها من ضمان المشتري دون البائع[٢].

ويذكر ابن رشد الحفيد أن عمدة من لم يقل بالقضاء بالجائحة هو تشبيه هذا البيع بسائر المبيعات، وأن التخلية في هذا البيع هو القبض، والاتفاق واقع على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري لا من البائع[٣].

٥ - استدل الشافعي في قوله الجديد على عدم وجوب وضع الجوائح بإنه لم يثبت دليل في ذلك. فقد ذكر أن حديث مالك عن عمرة - وهو حديث عائشة السابق - مرسل، وهو لا يثبت الحديث مرسل، وذكر أنه لو صار إلى وضع الجائحة (ماكانت الحجة فيها إلا اتباع الخبر لو ثبت)[٤].

هذه هي الأدلة التي استدل بها أصحاب القول والتي يمكن أن توجز بالنقاط الآتية:

أ - عدم ثبوت نص يأمر بوضع الجوائح .

ب - أن البيع يتقرر بالتسليم فيتقرر الثمن فلا تجب الجائحة.

---

(١) إعلاء السنن ١٤/٣٩

(٢) الحاوي ٥/٢٠٧

(٣) بداية المجتهد ٢/٢٢٢.

(٤) الأم ٣/٥٧

جـ - أن المشتري إذا قبض الثمرة - والقبض هو التخلية - فإنه هو الضامن لها إن هلكت، فلذلك لا توضع الجائحة عنه، لأنه قد تقرر أن المبيع قبل القبض في ضمان البائع، أما بعد القبض فمن ضمان المشتري.

د - بعض الأحاديث الواردة في الموضوع والتي لا تدل على وجوب وضع الجوائح، بل تدل على الندب إلى وضع الدين أو وضع الجائحة كما يفهم من تلك النصوص.

القول الثاني : ذهب مالك فيما كان أكثر من الثلث[١]. والشافعي في قوله القديم[٢]، وأحمد[٣] إلى وجوب وضع الجوائح، وأن البائع هو الضامن لما هلك بسبب الجائحة.

دليل هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية :

١ - حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح[٤].

وجه الدلالة من الحديث :

أن هذا الحديث صريح في الحكم فقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بوضع

---

(١) المدونة ٤/١٥، والتفريع ٢/١٥١، والقوانين (٢٨٨) .

(٢) مغني المحتاج ٢/٩٢، ونهاية المحتاج ٤/١٥٤، والحاوي ٥/٢٠٥ .

(٣) الإنصاف ٥/٧٤، وشرح الزركشي ٣/٥١٩، والمبدع ٤/١٧٠.

(٤) أخرجه مسلم ٣/١١٩١ في كتاب المساقاة باب وضع الجوائح رقم الحديث (١٥٥٤).

الجوائح، والمقصود كما مر هو وجوب إسقاط ما اجتيح من الثمرة عن المشتري(١).

٢ - حديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لو بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»(٢).

٣ - حديث أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ثمر النخل حتى تزهو. فقلنا لأنس: مازهوها؟

قال: تحمر وتصفر. أرأيتك إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك؟(٣).

وفي رواية أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إن لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه»(٤).

وجه الدلالة من الحديثين:

يدل الحديثان على وجوب وضع الجوائح صراحة، وحرمة أخذ البائع مال المشتري(٥)، وأن إجبار المشتري على دفع الثمن مع هلاك المعقود بفعل الجائحة

---

(١) المقدمات ٥٣٨/٢، والمغني ٨٦/٤، ونيل الأوطار ٢٠١/٥.

(٢) أخرجه مسلم ١١٩٠/٣ في كتاب المساقاة باب وضع الجوائح رقم الحديث (١٥٥٤).

(٣) أخرجه البخاري ١١٢/٢ في كتاب البيوع إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع. رقم الحديث (٢١٩٨)، ومسلم ١١٩٠/٣ في كتاب المساقاة باب وضع الجوائح رقم الحديث (١٥٥٥).

(٤) أخرجها مسلم ١١٩٠/٣ في كتاب المساقاة باب وضع الجوائح رقم الحديث (١٥٥٥).

(٥) انظر حاشية السندي على سنن النسائي ٢٦٥/٧

يعتبر ظلماً وأكلاً لأموال الناس بالباطل[١] وذكر ابن حجر وجه الدلالة بقوله: (أي لو تلف الثمر لانتفى في مقابلته العوض، فكيف يأكله بغير عوض؟)[٢].

٤ – قياس الشبه وهو كما يقول ابن رشد الحفيد : أنه مبيع بقي على البائع فيه حق توفية، بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل، فوجب أن يكون ضمانه منه، ثم ذكر أن أصله سائر المبيعات التي بقي فيها حق توفية. ثم ذكر أن الفرق – عند من يقول ذلك – بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكتمل بعد، فكأنه مستثنى من النهي من بيع ما لم يخلق، فوجب أن يكون في ضمانه مخالفاً لسائر المبيعات[٣].

وذكر الباجي نحو دليل ابن رشد الحفيد وهو أن هذه ثمرة أصابتها جائحة قبل أن تستغني عن أصلها فجاز أن يرجع بها على البائع أصله إذا كان ذلك بعطش[٤]. يوضح ذلك القاضي عبدالوهاب بقوله: (لأنها ثمرة مبيعة محتاجة إلى تبقيتها في النخل، فإذا تلفت بآفة سماوية كانت من بائعها كالتلف بالعطش)[٥].

٥ – لأن بيع الثمار على رؤوس النخل في معنى الإجارة، لأنها تؤخذ شيئاً فشيئاً كالمنافع التي تستوفى أولاً بأول، وقد ثبت أن المنافع إذا تلفت قبل مضي المدة كانت من ضمان المؤجر فكذلك الحكم في الثمار[٦].

ويمكن توضيح ذلك بأن نقول : إن قبض الثمرة ملحق بمنافع الدار المستأجرة، لأن العرف في الثمار أن تأخذ لقطة بعد لقطة، كما تستوفى منافع

---

(١) الذخيرة ٥/٢١٤، والمقدمات ٢/٥٣٨.

(٢) فتح الباري ٤/٣٩٩.

(٣) بداية المجتهد ٢/٢٢٢، وبلغة السالك ٢/٨٧، وحاشية الدسوقي ٣/١٨٢.

(٤) المنتقى ٤/٢٣٢،

(٥) المعونة ٢/١٠٢٠.

(٦) المعونة ٢/١٠١٩ – ١٠٢٠ ، والإشراف ٢/٥٤٧.

الدار مدة بعد مدة، فلما كان تلف الدار المستأجرة قبل مضي المدة مبطلاً للإجارة وإن حصل التمكين، وجب أن يكون تلف الثمرة المبيعة قبل الجذاذ مبطلا للبيع وإن حصل التمكين[١].

٦ - ما ذكره القاضي عبد الوهاب من أن التخلية بمجردها لا يكون قبضاً في الثمار، بدليل أن تلف الثمرة بعطش يكون من البائع. ولأن البائع ليس له المطالبة بنقلها إلى الجذاذ، فعلم أنها غير مقبوضة وإن وجدت التخلية[٢] ثم حرر هذا الدليل بقوله: (وتحريره أن يقال: لأنها ثمرة مبيعة محتاجة إلى تبقيتها في النخل، تلفت بآفة سماوية، فوجب أن تكون من البائع، أصله إذا تلفت بعطش، لأنه لما لم يكن للبائع مطالبة المبتاع بقطعها دل على أنها غير مقبوضة، ولم ينفع وجود التخلية، كمن ابتاع طعاماً من رجل.فكاله ليلاً وخلى بينه وبينه، لم يلزمه نقله حتى يصبح، ولم يكن ملك التخلية قبضاً له)[٣].

٧ - أن القول بوضع الجوائح قضى به عمر بن عبد العزيز وهو عمل أهل المدينة[٤]، ففي الموطأ عن مالك أنه بلغه أن عمر عبدالعزيز قضى بوضع الجائحة، قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا[٥] أي عندنا بالمدينة المنورة[٦].

ولذلك ذكر ابن قدامة أنه قول أكثر أهل المدينة منهم يحيى بن سعيد

---

(١) الحاوي ٥/٢٠٦، والمغني ٤/٨٦.

(٢) المعونة ٢/١٠٢٠ ، والمقدمات ٢/٥٣٩.

(٣) الإشراف ٢/٥٤٧ ، وانظر المغني ٤/٨٦.

(٤) اختلف الأصوليون في حجية عمل أهل المدينة فقال مالك بحجيته، وخالفه الجمهور. انظر: الفصول في الأصول ٣/٣٢١، والمستصفى ١/١٨٧، والمسودة (٢٩٧)، وشرح الكوكب المنير ٢/٢٣٧، وإرشاد الفحول (٧٢).

(٥) الموطأ ٢/٦٢١.

(٦) أوجز المسالك ١١/١٢٣ ، وتبيين المسالك ٣/٤٣٥.

الأنصاري[١] ومالك وغيرهم[٢].

هذه هي الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الثاني ، أوجزها بالنقاط الآتية:

أ - عموم الأدلة الآمرة بوضع الجوائح وصراحتها كحديث جابر الصريح في ذلك، وحديث أنس الذي يدل صراحة على أن الضمان على البائع لا المشتري.

ب - القياس على المبيعات التي بقي فيها حق توفية على البائع.

جـ - القياس على الإجارة ، حيث إن المنافع إذا تلفت قبل مضي المدة كانت من ضمان المؤجر لا المستأجر فكذلك في الثمار.

د - أن المبيع ما لم يقبض قبضاً تاماً فهو في ضمان البائع لا المشتري، وكذا الحال في الثمار التي أصابتها الجائحة.

هـ - أنه عمل أهل المدينة وهو حجة عند مالك.

المناقشة والترجيح :

بعد عرض أقوال الفريقين وأدلتهم نأتي إلى القول المختار، وحتى يكون الراجح مقبولا نذكر أولاً مناقشة كل فريق لأدلة الآخر ثم نبين ما يظهر رجحانه.

مناقشة أدلة الفريق الأول :

١ - أجيب عن الاستدلال بحديث أنس وهو قوله: «فبم يأخذ أحدكم مال

---

(١) هو يحيى بن سعيد بن قيس الأنصاري. عالم المدينة في زمانه وتلميذ الفقهاء السبعة. ولي قضاء المنصور على المدينة ومات بالهاشمية قبل أن تبنى بغداد سنة ١٤٣هـ.

[سير أعلام النبلاء ٥/٤٦٨ ، شذرات الذهب ١/٢١٢].

(٢) المغني ٤/٨٦.

أخيه»[(١)] أنه حجة عليهم لا لهم، لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل المال لأخيه دونه بسبب الجائحة، فمفهوم الحديث أن العوض ينتفي بانتفاء الثمر فلا يحل للبائع أخذ الثمن بلا عوض[(٢)].

ويدل على ذلك رواية مسلم : «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»[(٣)].

٢ - نوقش الاستدلال بحديث عائشة «تألى أن لا يفعل خيرا »[(٤)] من وجهين:

الوجه الأول : أنه لا حجة لهم في حديثهم، فإن فعل الواجب خير، فإذا تألى أن لا يفعل الواجب فقد تألى ألا يفعل خيراً، فأما الإجبار فلا يفعله النبي صلى الله عليه وسلم بمجرد قول المدعي من غير إقرار من البائع ولا حضور[(٥)].

الوجه الثاني : أنه لم يذكر في الخبر أن جائحة أصابته، فلعله إنما كان خسراناً في الثمن، وحوالة في الأسواق، وهو الظاهر من قوله في رواية «فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان»[(٦)]، وهذا لا يوجب على البائع شيئا[(٧)].

٣ - نوقش الاستدلال بحديث أبي سعيد الخدري «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»[(٨)] أنها حكاية عن فعل وقضية في عين وفيها احتمالات منها:

أ - يحتمل أن يكون الثمار أصيبت بعدما استجدت.

---

(١) تقدم تخريجه ص ٩٨ .

(٢) الذخيرة ٥/٢١٤.

(٣) تقدم تخريجه ص ٢٠ .

(٤) تقدم تخريجه ص٣٠٣ .

(٥) المغني ٤/٨٦.

(٦) هذه رواية مالك في الموطأ ٢/٦٢١.

(٧) المقدمات ٢/٥٣٩، والذخيرة ٥/٢١٣، وإعلام الموقعين ١/٣٥٨، ومجموع الفتاوى ٣٠/٢٧٣.

(٨) تقدم تخريجه ص ٣٤٦ .

ب - أو أصيب منها ما دون الثلث.

جـ - أو غير ذلك مما لا يوجب له الرجوع على البائع.

د - أو أن التلف كان بتفريط المشتري.

هـ - أو أنه لم يطلب الفسخ ولم يطلب أن يوضع عنه الجائحة(١).

و - أو يكون البائع لم يوجد أو لم يكن له ماله.

ز - أو أنه قبل النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها(٢).

فهذه هي الاحتمالات الواردة في الحديث، وإذا احتمل الحديث هذه الاحتمالات بطل الاحتجاج(٣).

٤ - أجيب عن قولهم: الضمان على المشتري لأنه قبض الثمرة بالتخلية والتمكين:

أن التخلية ليست قبضاً تاماً بدليل ما لو تلفت بعطش فإنها من ضمان البائع وفاقاً، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض، بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر، فكذلك الثمرة فإنها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها توجد حالا فحالاً(٤).

وفي الذخيرة: (قبض الثمرة إنما يتحقق بجذ الثمرة ويبسها، وأما قبل ذلك ففيها حق توفية البقاء، فحمل الأحاديث على ما قبل القبض موافق لما قلناه فلا يرد علينا)(٥).

٥ - أجيب عن قولهم بعدم وجود دليل على وجوب وضع الجوائح أن الحديث

(١) إعلام الموقعين ٣٥٨/١.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٧٣/٣٠.

(٣) المقدمات ٥٣٩/٢، والذخيرة ٢١٣/٥ - ٢١٤، وانظر نيل الأوطار ٢٠١/٥ و٢٧٢.

(٤) المغني ٨٦/٤.

(٥) الذخيرة ٢١٤/٢، والمقدمات ٥٣٩/٢، والمعونة ١٠٢٠/٢.

ثابت في الأمر بوضع الجوائح رواه الأئمة كالإمام أحمد[١] ومسلم[٢] وأبوداود[٣] والنسائي[٤] ، في سننه[٥] وابن الجارود[٦] في المنتقى[٧] والدارقطني[٨] في السنن[٩] والحاكم[١٠] في المستدرك[١١] والبيهقي[١٢] في السنن الكبرى[١٣] وغيرها من كتب الحديث[١٤].

---

(١) في المسند ٣/٣٠٩.

(٢) تقدم تخريجه ص ٢٠ .

(٣) في السنن ٣/٦٧٠ كتاب البيوع والإجارات باب في بيع السنن. رقم الحديث (٣٣٧٤).

(٤) هو الحافظ أحمد بن شعيب بن علي الخراساني صاحب السنن. كان إماما حافظاً ثبتاً. أفقه مشايخ مصر في عصره وأعلمهم بالحديث والرجال. توفي بفلسطين سنة ٣٠٣هـ. من مؤلفاته «السنن الكبرى والصغرى» و«خصائص علي».
[شذرات الذهب ٢/٢٤٠، طبقات علماء الحديث ٢/٤١٨].

(٥) سنن النسائي ٧/٢٦٥ كتاب البيوع باب وضع الجوائح. رقم الحديث ٤٥٢٩.

(٦) هو الحافظ عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري المجاور بمكة وهو خال يحيى بن منصور القاضي. توفي سنة (٣٠٧). من مؤلفاته «المنتقى».
[طبقات علماء الحديث ٢/٤٦٨، وسير أعلام النبلاء ١٤/٢٣٩].

(٧) المنتقى ٢/٢٠٨ أبواب القضاء في البيوع . رقم الحديث (٦٤٠).

(٨) هو الحافظ علي بن عمر بن أحمد البغدادي إمام عصره في أسماء الرجال وصناعة التعليل والجرح والتعديل واتساع الرواية والتصنيف والتأليف. توفي سنة ٣٨٥هـ. من مؤلفاته «السنن» و«الافراد».
[طبقات علماء الحديث ٣/١٨٣، البداية والنهاية ١١/٣٣٨].

(٩) سنن الدارقطني ٣/٣١ كتاب البيوع رقم الحديث (١١٨).

(١٠) هو الحافظ محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدوية النيسابوري شيخ أهل الحديث في عصره المعروف بـ«ابن البِّيع» طلب الحديث من صغره باعتناء أبيه وخاله. توفي سنة ٤٠٥هـ. من مؤلفاته: «المستدرك» و«علوم الحديث».
[طبقات علماء الحديث ٣/٢٣٧، البداية والنهاية ١١/٣٧٩].

(١١) المستدرك ٢/٤٠ في كتاب البيوع.

(١٢) هو الحافظ أحمد بن الحسين بن علي البيهقي أوحد أهل زمانه في الاتقان والحفظ والفقه والتصنيف. كان فقيها محدثاً أصولياً. أخذ العلم من الحاكم. توفي سنة ٤٥٨هـ. من مؤلفاته: «السنن الكبرى» و«شعب الإيمان».
[البداية والنهاية ١٢/١٠٠، طبقات علماء الحديث ٣/٣٢٩].

(١٣) السنن الكبرى ٥/٣٠٦، كتاب البيوع باب ماجاء في وضع الجائحة.

(١٤) المغني ٤/٨٦، وانظر نيل الأوطار ٥/٢٠١.

مناقشة أدلة الفريق الثاني :

١ - يرد على عن الاستدلال بحديث جابر الآمر بوضع الجوائح من أربعة أوجه:

الوجه الأول : أنه حديث معلول لا يصح الاحتجاج به لأن سفيان[١] وهّنه لأنه قال قد كان بعد نهيه عن بيع السنين، وقبل أمره بوضع الجوائح كلاماً لم أحفظه، فيجوز أن يكون فيما لم يحفظه ما يدل على مراده بوضع الجوائح وبصرف حكمه عن ظاهره.

الوجه الثاني : أنه محمول على وضع الجوائح في بيع السنين[٢] المقترن به في الحديث، وما في معناه من بيوع الثمار الفاسدة.

الوجه الثالث : أن أمره بوضع الجوائح محمول على وضعها عن البائع دون المشتري، لأنه يحتمل الأمرين، وليس أحدهما أولى من الآخر[٣].

الوجه الرابع : أن معنى الجوائح المذكورة في الحديث هي الجوائح التي يصاب الناس بها ويجتاحهم في الأرضين الخراجية التي خراجها للمسلمين، فيوضع ذلك الخراج عنهم وجوباً. لأن في ذلك صلاحاً للمسلمين، وتقوية لهم في عمارة أرضيهم، فأما في الأشياء المبيعات فلا[٤].

---

(١) هو سفيان بن عيينه الهلالي الكوفي نزيل مكة. طلب الحديث وهو حدث وجمع وصنف وانتهى إليه علو الإسناد، كان حافظاً مفسراً عالماً بالسنن. توفي سنة ١٩٨هـ.

[سير أعلام النبلاء ٨/٤٥٤، شذرات الذهب ١/٣٥٤].

(٢) بيع السنين : هو أن يبيع ثمرة نخلة لأكثر من سنة، نهى عنه الرسول صلى الله عليه وسلم لأنه غرر وبيع ما لم يخلق. انظر النهاية في غريب الحديث ٢/٤١٤، ومعالم السنن ٣/٦٧٠

(٣) الحاوي ٥/٢٠٨

(٤) شرح معاني الآثار ٤/٣٥.

٢ - أجيب عن الاستدلال بحديث جابر : «بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»[١] من وجهين:

الوجه الأول : أنه محمول على ما قبل التسليم[٢]، فمعناه غير المعنى المراد، وذلك أنه ذكر فيه البيع ولم يذكر فيه القبض، فالمبيعات التي تصاب في أيدي بائعيها قبل قبض المشتري لها، لا يحل للباعة أخذ أثمانها، لأنهم يأخذونها بغير حق. فأما ما قبضه المشترون، وصار في أيديهم، فذلك كسائر المبيعات التي يقبضها المشترون، فيحدث بها الآفات في أيديهم، فكما كان غير الثمار يذهب من أموال المشترين لها، لا من أموال باعتها، فكذلك الثمار[٣].

الوجه الثاني : أننا لو قلنا بأن الحديث يدل على وضع الجائحة، فإنه محمول على الندب والإرشاد لا على الحتم والإلزام كما قال في الحديث الآخر: «تألى أن لا يفعل خيراً»[٤] ففيه الندب لا الإيجاب[٥].

٣ - نوقش الاستدلال بالقياس على الدار المؤجرة بأنه لا يصح الجمع بينهما، لأن ما يحدث من منافع الدار غير موجود في الحال، ولا يقدر المستأجر على قبضه، فبطلت الإجارة بتلف الدار قبل المدة، وليست الثمرة كذلك، لأنها موجودة، يمكن للمشتري أن يتصرف فيها في الحال، فلم يبطل البيع بتلفها بعد التمكين[٦].

٢ - نوقش الاستدلال بأن الثمار غير مقبوضة وهي على رؤوس النخل بدليل أن تلف الثمرة بعطش يكون من البائع ويثبت الخيار للمشتري: من ثلاثة أوجه:

---

(١) تقدم تخريجه ص ٩٨ .

(٢) الحاوي ٥/٢٠٨.

(٣) شرح معاني الآثار ٤/٣٥.

(٤) تقدم تخريجه ص٣٠٣ .

(٥) الحاوي ٥/٢٠٨.

(٦) الحاوي ٥/٢٠٩.

الوجه الأول : أن ثبوت الخيار لا يمنع من ثبوت القبض، لأن المقبوض في خيار الثلاث يستحق رده بما حدث من العيوب في زمان الخيار، وإن كان القبض تاماً، فكذا الثمرة، ولا يكون الخيار دليلاً على عدم القبض.

الوجه الثاني : أن خيار العطش إنما استحقه المشتري لوجوب السقي على البائع، ولم يكن له بالتلف رجوع، لأن الحط لا يجب على البائع[١].

الوجه الثالث : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يقبض [٢]، وأجمع المسلمون على ذلك[٣]، والثمار داخلة في ذلك اتفاقاً، واتفقوا أن المشتري لها لو باعها في يد بائعها كان بيعه باطلاً، ولو باعها بعد أن خلى البائع بينه وبينها ولم يقطعها كان بيعه جائزاً، فصار قابضاً لها بتخلية البائع بينه وبينها قبل قطعه إياها.

فثبت بذلك أن قبض المشتري للثمار المعلقة في رؤوس النخل هو بتخلية البائع بينه وبينها، وإمكانه إياه منها، فإذا فعل ذلك به، فقد صارت في يده وضمانه، وبرىء منها البائع، فما حدث فيها من جائحة أتت عليها كلها أو على بعضها، فهي ذاهبة من مال المشتري لا من مال البائع[٤].

٥ - نوقش الاستدلال بعمل أهل المدينة أن عمل أهل المدينة ليس بحجة وليس بإجماع وليس محل اتفاق بين العلماء، بل جمهور الأصوليين على أنه ليس بحجة

---

(١) الحاوي ٢٠٨/٥.

(٢) أخرجه البخاري ٩٨/٢ في كتابه البيوع باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة. رقم الحديث ٢١٣٣، ومسلم ١١٦٠/٣ في كتاب البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض. رقم الحديث (١٥٢٦).

(٣) انظر مراتب الاجماع (٨٣ و٨٩)، وشرح صحيح مسلم ١٧٠/١٠، وقد ذكر النووي خلافاً في ذلك. وكذا ابن هبيرة في الإفصاح ٣٦/٥.

(٤) شرح معاني الآثار ٣٦/٤.

لأنهم بعض الأمة لا كلها، ولأن العصمة من الخطأ إنما تنسب للأمة كلها، ولا مدخل للمكان في الإجماع، إذ لا أثر لفضيلته في عصمة أهله بدليل مكة المشرفة[١].

هذه هي المناقشات التي نوقشت من قبل كل من الفريقين على الفريق الآخر، وحتى يتضح القول الراجح يجدر بي أن أبين سبب الخلاف في هذه المسألة.

سبب الخلاف :

يذكر ابن رشد الحفيد سبب خلاف الفقهاء في هذه المسألة وهو تعارض الآثار، وتعارض مقاييس الشبه، فكل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عنده بالتأويل. فمن لم ير وضع الجائحة قال: يشبه أن يكون الأمر بها من قبل النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، ويشهد لذلك أنه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لا يبيعوا الثمر إلا بعد أن يبدو صلاحه، وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور[٢].

وقال من أجازها في حديث أبي سعيد[٣] : يمكن أن يكون البائع عديماً[٤] فلم

---

(١) انظر في مسألة حجية عمل أهل المدينة: المستصفى ١/١٨٧، والرسالة (٥٣٤) وشرح الكوكب المنير ٢/٢٣٧، وإرشاد الفحول (٧٢).

(٢) وهو قول زيد : كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار، فإذا جذ الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع: إنه أصاب الثمر الدمان، أصابه مرض، أصابه قشام - عاهات يحتجون بها - فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كثرت عنده الخصومة في ذلك: «فأما لا فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر» كالمشورة يشير بها لكثرة خصومهم. أخرجه البخاري ٢/١١١ كتاب البيوع باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها. رقم الحديث (٢١٩٣).

(٣) وهو حديث : «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك» سبق تخريجه ص ٣٣١ .

(٤) أعدم فلان فهو معدم وعديم أي : افتقر. المعجم الوسيط (٥٨٨).

يقض عليه بجائحة، أو أن يكون المقدار الذي أصيب مقداراً لا يلزم فيه جائحة، أو أن يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة، مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب[١].

أما ابن هبيرة فيذكر أن المسألة مبنية على اختلافهم في إصابة الآفة الثمرة بعد أن يخلى البائع بين الثمرة وبين المشتري فيقبضها، سواء كانت الثمرة مما تحتاج إلى تبقية أو لم تكن، فهي مضمونة من المشتري لقبضه إياها فهذا قول، أما القول الآخر فإنه يشترط في جواز وضع الجائحة عن المشتري بأن يكون اشترى ثمرة واحتاجت إلى التبقية على رؤوس النخل، فأما إن كانت الثمرة غير محتاجة إلى التبقية فلا تكون مضمونة على البائع وإن تلف الثمر كله[٢].

والحاصل هو أن الخلاف مبني على تعارض النصوص الواردة في وضع الجوائح، وتعارض الأقيسة في هذا الموضوع، والاختلاف في معنى القبض وهل التخلية قبض أو ليست قبضاً؟ فأخذ فريق بأحاديث تثبت وجود وضع الجوائح وقاس الأقيسة المثبتة لهذا الحكم، ورأى فريق أن التخلية قبض تام فيكون الضمان على المشتري.

وبعد هذا العرض لأقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشة كل فريق للآخر وبيان سبب الخلاف يظهر لي أن الراجح هو القول الثاني القاضي بوجوب وضع الجوائح وأن الضمان على البائع لا على المشتري في الثمرة المجاحة، وسبب الترجيح يرجع إلى أمور ألخصها في النقاط الآتية:

١ - أن وضع الجوائح لا يخالف شيئاً من الأصول الصحيحة، بل هو مقتضى أصول الشريعة، وهو أصل بنفسه لا يخالف كتاباً ولا سنة ولا إجماعاً

(١) بداية المجتهد ٢/٢٢٢.

(٢) الإفصاح ٥/٢١٣.

فوجب قبوله والعمل به.

٢ - أن وضع الجوائح كما هو موافق للسنة الصحيحة الصريحة، فهو مقتضى القياس الصحيح، وتوضيح ذلك كما سبق ذكره، أن المشتري لم يتسلم الثمرة ولم يقبضها القبض التام الذي يوجب نقل الضمان إليه، ذلك أن قبض كل شيء بحسبه، وقبض الثمار إنما يكون عند كمال إدراكها شيئا فشيئاً، فهو كقبض المنافع في الإجارة، وتسليم الشجرة إليه كتسليم العين المؤجرة من الأرض والعقار والحيوان، ثم إن عُلَق البائع لم تنقطع عن المبيع، فإن له سقي الأصل وتعاهده، كما لم تنقطع عُلَق المؤجر عن العين المستأجرة، والمشتري لم يتسلم التسليم التام، كما لم يتسلم المستأجر التسليم التام، فإذا جاء الأمر الغالب كالآفة السماوية فاجتاح الثمرة من غير تفريط من المشتري لم يحل للبائع إلزامه بثمن ما أتلفه الله سبحانه وتعالى منها قبل تمكنه من قبضها المعتاد، وهذا هو معنى قوله صلى الله عليه وسلم: «أرأيت إن منع الله الثمرة؟ فبم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق»[1] فذكر عليه الصلاة والسلام الحكم وهو قوله: «فبم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق» وذكر علة الحكم وهي في قوله: «أرأيت إن منع الله الثمرة»، وهذا الحك نص لا يحتمل التأويل، وهذا التعليل وصف مناسب لا يقبل الإلغاء ولا المعارضة، وقياس الأصول لا يقتضي غير ذلك، ولهذا لو تمكن المشتري من القبض المعتاد في وقته ثم أخره لتفريط منه، أو لانتظار غلاء السعر، كان التلف من ضمانه ولم توضع عنه الجائحة لدخول الضمان عليه[2].

٣ - أن وضع الجوائح يوافق القواعد المقررة في الشريعة[3] ومنها قاعدة

---

(١) تقدم تخريجه ص ٩٨ .

(٢) انظر إعلام الموقعين ١/٣٥٧.

(٣) ومنها قاعدة « الضرار يزال» فلابد أن يزال الضرر الذي لحق بالمشتري من جرّاء التلف الواقع على ثماره.

«تلف المبيع قبل التمكن من قبضه يبطل العقد» ، فإن المبيع إذا تلف قبل التمكن من قبضه كان أخذ شيء من الثمن أخذ ماله بغير حق بل بالباطل، وقد حرم الله أكل المال بالباطل، لأنه من الظلم المخالف للقسط الذي تقوم به السماء والأرض.

هذا وإن كان العلماء متفقين عليه في الجملة إلا أن القول بأن المبيع - في مسألة الجوائح - تلف بعد القبض غير صحيح، لأنه تلف قبل تمام القبض وكماله، بل وقبل التمكن من القبض، وذلك أن البائع - كما سبق ذكره - عليه تمام التربية من سقي الثمر، حتى لو ترك ذلك لكان مفرطاً، ولو فرض أن البائع فعل ما يقدر عليه من التخلية، فالمشتري إنما عليه أن يقبضه على الوجه المعروف المعتاد، فقد وجد التسليم دون تمام التسلم، وذلك أحد طرفي القبض، ولم يقدر المشتري إلا على ذلك، وإنما على المشتري أن يقبض المبيع على الوجه المعروف المعتاد الذي اقتضاه العقد، سواء كان القبض مستعقباً للعقد، أو مستأخراً، وسواء كان جملة أو شيئا فشيئاً.

وهذا الأصل المقرر يمكن أن يطرد في جميع العقود - كما يقول ابن تيمية - فليس من شرط القبض أن يستعقب العقد، بل القبض يجب وقوعه على حسب ما اقتضاه العقد لفظاً وعرفاً، ولهذا يجوز استثناء بعض منفعة المبيع مدة معينة، وإن تأخر بها القبض - على خلاف بين الفقهاء - [1] كما يجوز بيع الشجر واستثناء ثمرة للبائع وإن تأخر معه كمال القبض، ويجوز عقد الإجارة لمدة لا تلي العقد.

وتوضيح ذلك أن نقول : إن القبض هو موجب العقد، فيجب في ذلك ما أوجبه العاقدان بحسب قصدهما الذي يظهر بلفظهما وعرفهما، ولهذا قلنا: إن شرطا

---

(١) يرى صحة ذلك مالك وأحمد، ويرى أبو حنيفة والشافعي البطلان على تفصيل في كل مذهب. انظر: بدائع الصنائع ١٦٩/٥، وبداية المجتهد ١٩٠/٢، والمجموع ٣٦٩/٩، والإفصاح ١١٢/٥ - ١١٤.

تعجيل القطع جاز إذا لم يكن فيه فساد يحظره الشرع، فالمسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً كما صح في الحديث(١)، وإن أطلقا فالعرف تأخير الجذاذ والحصاد إلى كمال الصلاح.

هذا في قولهم بأن المبيع تلف بعد القبض، أما قولهم بأن القبض هو التخلية، فلا يستقيم، فإن القبض مرجعه إلى عرف الناس، إذا لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع(٢)، وقبض ثمر الشجر لابد فيه من الخدمة والتخلية المستمرة إلى كمال الصلاح، بخلاف قبض مجرد الأصول، وتخلية كل شيء بحسبه، ودليل ذلك المنافع في العين المؤجرة.

ويذكر ابن تيمية المعنى في المسألة، وأن ذلك تلف قبل التمكن من القبض المقصود بالعقد، فيكون مضمونا على البائع، كتلف المنافع قبل التمكن من قبضها، وذلك لأن التخلية ليست مقصودة لذاتها، وإنما مقصودها تمكن المشتري من قبض المبيع، والثمر على الشجر ليس بمحرز ولا مقبوض، ولهذا لا قطع فيه، ولا المقصود بالعقد كونه على الشجر، وإنما المقصود حصاده وجذاذه، ولهذا وجب على البائع ما به يتمكن من جذاذه وسقيه، والأجزاء الحادثة بعد البيع داخلة فيه وإن كانت معدومة، كما تدخل منافع الإجارة وإن كانت معدومة. فكيف يكون المعدوم مقبوضاً قبضاً مستقراً موجباً لانتقال الضمان؟(٣).

٤ - يتضح مما سبق أن وضع الجوائح ثابتة بالنص الصحيح الصريح، وبالقياس الجلي وبالقواعد المقررة، وبالعمل القديم الذي لم يعلم فيه مخالف من الصحابة والتابعين.

---

(١) تقدم تخريجه ص ٢٦٢ .

(٢) وهي قاعدة مقررة عند الفقهاء. انظر : درر الحكام ١/٥١، مادة «٤٣» ، والأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٩)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٩٦).

(٣) انظر مجموع الفتاوى ٣٠/٢٧٧.

وهو قول الأكثرين كمالك وأصحابه، ومذهب فقهاء الحديث كأحمد وأصحابه، وقول الشافعي في قوله القديم، وحتى في قوله الجديد على أصله، حيث أنه ذكر أنه لم يثبت عنده حديث الأمر بالجوائح، وأنه لو ثبت عنده لم يعده ولقال به، فيكون القول بوجوب وضع الجوائح هو قول الشافعي على أصله.

أما أبو حنيفة فإنه - كما يقول ابن تيمية - لا يتصور الخلاف معه في هذا الأصل على الحقيقة، لأن من أصله: أنه لا يفرق بين ما قبل بدو الصلاح وبعده، ومطلق العقد عنده وجوب القطع في الحال، ولو شرط التبقية بعد بدو الصلاح لم يصح عنده، بناء على ما ذهب إليه من أن العقد موجب التقابض في الحال، فلا يجوز تأخيره، لأنه شرط يخالف مقتضى العقد، فإذا تلف الثمر عنده بعد البيع والتخلية فقد تلف بعد وجوب قطعه، كما لو تلف عند غيره بعد كمال صلاحه، ثم إنه قد طرد أصله في الإجارة، فعنده لا تملك المنافع فيها إلا بالقبض شيئاً فشيئاً، لا تملك بمجرد العقد وقبض العين، ولهذا يفسخها بالموت وغيره(١).

فثبت بذلك القول بوجوب وضع الجوائح عند الجماهير من أهل العلم إما تصريحاً من أقوالهم أو وفق أصولهم، والله تعالى أعلم وأحكم.

---

(١) انظر مجموع الفتاوى ٣٠/٢٧١.

الفصل الثالث

صور من الجوائح في العقود وغير العقود

أبين في هذا الفصل بعض الصور للجوائح سواء في العقود أو في غير العقود، ولن أتعرض في هذا الفصل للتفصيل والخلاف، إذ الغرض منه هو ضرب الأمثلة ووضع تصور عام عن وقوع الجائحة في أمور كثيرة غير الثمار، وسيكون الحديث في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: صور من الجوائح في العقود

المبحث الثاني: صور من الجوائح في غير العقود

المبحث الأول
صور من الجوائح في العقود

قد ذكرت فيما سبق من الفصول والمباحث أن الجائحة تكون في الزروع والثمار وغيرها من العقود العوضية من بيع ونحوه، وقد تكون الجائحة أيضا في عقود أخرى غير عوضية، كالقرض والمهر والوديعة ونحوها مما سأذكره على سبيل الإيجاز.

*** صورة من جوائح القرض :**

قد تتعرض القروض إلى نوع من أنواع الجوائح المؤثرة، فإذا كانت نقوداً أو فلوساً [١] فقد يطرأ عليها الكساد أو الانقطاع، أو الرخص في قيمتها أو الغلاء، وهذا يؤدي إلى عدم اعتمادها في سوق التعامل.

فما الحكم فيما إذا اقترض شخص من شخص نقوداً وقبل الوفاء كسدت النقود أو انقطعت أو زادت قيمتها أو رخصت؟

ويقصد بكساد النقود ترك التعامل بها في جميع البلاد، ويقصد بانقطاعها أن لا توجد إلا في أيدي الصيارفة، أو يلغيها ولي الأمر، ويقصد برخص قيمتها وغلائها مساواتها بالذهب والفضة زيادة ونقصانا[٢].

---

(١) الفلوس : هي كل ما يتخذه الناس ثمنا من سائر المعادن عدا الذهب والفضة. معجم لغة الفقهاء (٣٥٠).

وهذا في اصطلاح السابقين، أما اليوم فتطلق الفلوس ويراد بها النقود ورقية كانت أم مصرفية كما هي الحال في كثير من الدول.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/٢٤.

فإذا طرأ مثل هذه الأمور على النقود وهي ثابتة في الذمم فما الحكم؟ وما هو تأثيره هذه الجائحة على هذا القرض؟

قد تكلم الفقهاء في كيفية قضاء هذه الديون بشيء من التفصيل، أذكر شيئا منه على سبيل الإيجاز.

فعند الحنفية تفصيل وخلاف في ذلك، فأبوحنيفة يرى أنه يجب على المدين رد المثل لصاحبه الدائن، ولا أثر للانقطاع والكساد والرخص والغلاء في ذلك.

أما أبو يوسف ومحمد ، فعندهما يجب رد القيمة، يوم الكساد عند محمد، ويوم القبض عند أبي يوسف.

ودليل أبي حنيفة في قوله هو أن الكساد له أثر في بطلان الثمنية، لا في منع جواز الرد، أما الصاحبان فيوجبان رد القيمة لأنه يتعذر بالكساد رد المثل، لأنه خرج عن الثمنية فوجب رد قيمته.

وخلاصة القول في مذهب الحنفية أن أبا حنيفة يرى أنه لا أثر للجائحة في القرض فإذا كسدت النقود فلا توضع الجائحة، بل تكون من مال المقرض.

أما الصاحبان فمذهبهما أن للجائحة أثراً في القرض، حيث يتعذر رد مثل المقبوض ويجب رد قيمته.

وما سبق هو في كساد الفلوس أو النقود وانقطاعها، أما إذا رخصت أوغلت فعليه رد مثل ما قبض بلا خلاف كما صرح بذلك الكاساني(١)، لأن صفة الثمنية باقية(٢).

---

(١) بدائع الصنائع ٢٤٢/٥.

(٢) انظر حاشية ابن عابدين ٢٤/٤، وفتح القدير ١٥٧/٧ - ١٥٨، والفتاوى الهندية ٢٢٥/٣ .

أما فقهاء المالكية ، فالمشهور من مذهبهم كما يقول الخرشي أن الفلوس إذا قطع التعامل بها أو تغيرت من حالة إلى أخرى، وكانت ثابتة في الذمة بسبب القرض، فإن للدائن المثل إن كانت باقية، أما إن عدمت فإن الواجب قيمتها يوم الحكم(١).

ففي التلقين : (ومن باع بنقد أو اقتراض ثم بطل التعامل به لم يكن له عليه غيره إن وجد، وإلا فقيمته إن فقد)(٢).

ويذكر الخرشي أن القيمة تعتبر وقت أبعد الأجلين عند تخالف الوقتين من العدم والاستحقاق فلو كان انقطاع التعامل بها أو تغيرها أول الشهر الفلاني وإنما حل الأجل آخره فالقيمة آخره، وبالعكس بأن حل الأجل أوله وعدمت آخره، فالقيمة يوم العدم(٣).

هذا في القول المشهور عند المالكية، ومقابله قول شاذ في المذهب، وهو وجوب القيمة إذا بطلت الفلوس، لأن البائع دفع شيئا منتفعاً به لأخذ شيء منتفع به، فلا يظلم باعطاء ما لا ينتفع به(٤).

ويلاحظ كلام المالكية في المشهور من مذهبهم أنه يوافقون أبا حنيفة في عدم وضع الجائحة في القرض.

ومذهب الشافعية موافق لمذهب المالكية في أن الفلوس الثابتة في الذمة من قرض أو غيره إذا انقطعت بإبطال ولي الأمر لها فإن الدائن له مثل فلوسه التي أقرضها، والحكم نفسه في حال رخص الفلوس أو غلائها، ليس له إلا المثل.

---

(١) شرح الخرشي ٥/٥٥ .

(٢) التلقين (٣٧٩).

(٣) شرح الخرشي (٥/٥٥).

(٤) انظر بلغة السالك ٢/٢٣، ومواهب الجليل ٤/٣٤٠، وجواهر الإكليل ٢/١٦ – ١٧.

ففي كتاب الأم : (ومن سلف فلوساً أو دراهم أو باع بها ثم أبطلها السلطان فليس له إلا مثل فلوسه أو دراهمه التي أسلف أو باع بها)[١].

ويذكر الماوردي أنه إذا حصلت في ذمة رجل دراهم موصوفة وكانت نقداً يتعامل الناس به، فحظر السلطان المعاملة بها وحرمها عليهم، لم يستحق صاحب الدراهم غيرها، ولم يجز أن يطالبه المدين بقيمتها.

ثم ذكر الدليل وهو أن أكثر ما في تحريم المعاملة بها أن يكون موكساً لقيمتها، وما ثبت في الذمة لا يستحق بدله لنقصان قيمته كالبر والشعير وغيره.

ثم ذكر أنه إذا ثبت له أخذ تملك الدراهم بعينها بعد التحريم كما كان له أخذها قبل التحريم، فعدمت تلك الدراهم ولم توجد، كان له حينئذ أخذ قيمتها ذهباً لتعذرها واعتبار زمان القيمة في آخر أوقات وجودها والقدرة عليها، لأنه آخر وقت كانت عينها فيه مستحقة، ومثال ذلك ما لو اشترى ديناراً وثوباً بعشرة دراهم معينة من هذا النقد المذكور، فحظر السلطان المعاملة بها قبل قبضها، لم يكن ذلك عيباً يستحق به الفسخ، لأن العيوب ما اختصت بالصفات اللازمة، فأما تحريم السلطان فعارض يختص بالسعر ونقصه، ونقصان الأسعار لا يكون عيباً يستحق به الفسخ[٢].

ومن هنا نرى أن الشافعية لا يرون وضع الجائحة في القرض، فلا تأثير لانقطاع الفلوس بسبب حظر السلطان على وجوب رد المدين المثل للدائن، وهذا موافق لما عليه أبو حنيفة والمشهور من مذهب المالكية.

أما مذهب الحنابلة فموافق لما ذهب إليه صاحبا أبو حنيفة في وجوب رد

---

(١) الأم (٣/٣٣).

(٢) الحاوي ٥/١٤٩ – ١٥٠ ، وانظر المجموع ٩/٢٨٢، وروضة الطالبين ٣/٢٩ .

القيمة، فإذا كان مبلغ القرض فلوساً فأبطلها السلطان، وتركت المعاملة بها، كان للمقرض قيمتها، ولم يلزمه قبولها، سواء كانت قائمة في يده أو استهلكها، لأنها تعيبت في ملكه، ويقومها كم تساوى يوم أخذها ثم يعطيه، وسواء نقصت قيمتها قليلا أو كثيراً.

ويذكر في مطالب أولي النهى أن القرض ما لم يكن فلوساً أو يكن دراهم مكسرة فحرمها السلطان أي منع الناس المعاملة بها، فللمقرض قيمة القرض وقت القرض قال: (لأنها تعيبت في ملكه، وسواء نقصت قيمتها قليلاً أو كثيراً)[١].

ويعلل ابن قدامة للحنابلة بأن تحريم السلطان للفلوس منع إنفاقها، وإبطال ماليتها، فأشبه كسرها أو تلف أجزائها[٢].

وخلاصة القول أن القروض إذا تعرضت للجائحة كالكساد أو الانقطاع أو الغلاء أو الرخص، فإن للجائحة تأثيراً فيها عند صاحبي أبي حنيفة، ووافقهم الحنابلة على ذلك، أما أبوحنيفة والمالكية والشافعية فيرون عدم تأثير الجائحة في القروض حيث يجب رد قيمة المقبوض لتعذر رد قيمته.

هذا هو حاصل كلام الفقهاء في هذه المسألة ، أما مسألة تقلب قيمة النقود الورقية في عصرنا الحاضر فقد فصلنا القول فيها في المطلب الخامس من الفصل الأول، وقد ذكرنا أثر تغير قيمة النقود الورقية على القروض، وهل يرجع المدين قرضه للدائن قيمةً أو مثلاً ، ورجحنا القول هناك بأن الواجب إرجاع المثل الذي هو أقرب إلى قواعد العدل، هذا في الجملة، أما الحوادث الفردية والتي يحصل فيها ضرر كبير على الدائن فيمكن أن تدخل في مبدأ وضع الجائحة فينظر في كل مسألة على حدة، فإذا توفرت شروط وضع الجائحة عمل بها، ووضعت الجائحة عن المتضرر . والله أعلم .

---

(١) مطالب أولى النهي ٣/٢٤١.

(٢) المغني ٤/٢١٤ ، وانظر الإنصاف ٥/١٢٧، وشرح منتهى الإرادات ٢/٢٢٦.

* صورة من جوائح المهر :

قد يكون المهراً ثمراً ، وقد يكون غير الثمر، وفي كلا الحالين قد يصاب بجائحة فهل توضع جائحته أولا؟

ذكر المالكية هذه المسألة ، حيث ذكر الصاوي الاتفاق على أن المهر إذا كان غير ثمر ثم عوضت فيه ثمراً ففيه الجائحة، أما محل الخلاف فهو فيما إذا كان المهر ثمراً(١).

ويذكر الباجي الخلاف في هذه المسألة عند المالكية بقوله: (فأما ما كان مهراً في نكاح فاختلف أصحابنا، فقال ابن القاسم: لا جائحة فيه، وقال ابن الماجشون : فيه الجائحة، وجه قول ابن القاسم أن هذا عقد لا يقتضي المعاينة والمكايسة، وإنما يقتضي المواصلة والمكارمة؛ ووضع الجائحة ينافي ذلك، ووجه قول ابن الماجشون أن هذا عقد ثبت فيه الرد بالعيب. فثبت فيه وضع الجائحة كالبيع المحض)(٢).

وكذا يذكر الحطاب هذا الخلاف وأن ابن القاسم يرى عدم الجائحة في المهر إذا كان ثمراً قد بدا صلاحه ، وأن المصيبة من المرأة، لأن النكاح مبني على المكارمة، أما ابن الماجشون فيرى فيه الجائحة قياساً على البيع لأنه في مقابلة البضع(٣).

وقول ابن الماجشون وهو وضع الجائحة في الثمر هو القياس وهو المشهور من مذهب المالكية، وقال ابن يونس: هو الصواب، وقال اللخمي: هو أبين، وقال ابن

---

(١) بلغة السالك ٢/٨.

(٢) المنتقى ٤/٢٣٤ وانظر المعونة ٢/٧٥٢ ، والبيان والتحصيل ١٢/١٨٠ - ١٨١.

(٣) القول الواضع ١٥٩ - ١٦٠.

عبد السلام[١]: الأقرب.

وينقل الحطاب الأب هذه الأقوال وأن القول بوضع الجائحة في الثمر هو المشهور، وترجع المرأة بقيمة الثمرة إذا أجيحت كلها، ثم ذكر قول خليل الذي قال لا جائحة في المهر، وبين أنه كان ينبغي أن يعتمد على هؤلاء، أو أن يشير إلى هذا القول بقوله على الأرجح والظاهر والمستحسن[٢].

ويذكر بعض الشافعية مسألة تلف المهر وأن الضمان يكون على الزوج إذا هلك المهر في يده، لأنه هلك قبل قبض الزوجة له، فلا يكون من ضمانها، ثم ذكروا فروعاً كثيرة في ذلك، والظاهر من مذهبهم أنهم لا يرون وضع الجائحة في المهر إذا تلف تلفاً كلياً بآفة سماوية وأنه من ضمان الزوج[٣]، فهم موافقون لقول ابن القاسم من المالكية.

ويوافقهم كذلك الحنابلة على ما ذكر ابن قدامة في أن المهر من ضمان الزوج إذا تلف في يده ولكن في الصداق غير المعين، إلا أنه قعد قاعدة وهي أن ما جاز للزوجة التصرف فيه فهو من ضمانها إن تلف أو نقص، وما لا تصرف لها فيه فهو من ضمان الزوج، وإن منعها الزوج قبضه أو لم يمكنها منه فهو من ضمانه على كل حال لأن يده عارية فضمنه كالغاصب.

وخلاصة مذهبهم أنهم يرون الضمان على الزوجة في المهر المعين إلا في

---

(١) هو محمد بن عبد السلام بن يوسف بن كثير قاضي الجماعة بتونس. من فقهاء المالكية . أمام حافظ متفنن في علم الأصول والعربية وعلم الكلام وعلم البيان. توفي بالطاعون سنة ٧٤٩هـ. من مؤلفاته: «شرح على مختصر ابن الحاجب» .

[الديباج المذهب (٣٣٦)، نيل الابتهاج ٢٤٢].

(٢) مواهب الجليل ٤/٥٠٥، وانظر الذخيرة ٥/٢٢١، والقوانين (٢٢٧).

(٣) روضة الطالبين ٥/٥٧٦ – ٥٧٧، وحلية العلماء ٦/٤٥٦، ومغني المحتاج ٣/٢٢١.

حالات كان يمنعها الزوج وغير ذلك من الموانع[1].

أما فقهاء الحنفية فلهم في تلف المهر ونقصانه تفصيل، فقد يكون النقصان بيد الزوج وقد يكون بيد الزوجة، ثم في كلا الحالين قد يكون النقصان نقصانا فاحشا، وقد يكون غير فاحش، فهذه أربعة أحوال، ثم قد يكون التلف بفعل أجنبي وقد يكون بآفة سماوية، وخلاصة قولهم - وهو ما يعنينا في موضوعنا هذا - أن المهر إذا تلف بآفة سماوية:

أ - إن كان بيد الزوج والنقصان فاحش فالزوجة بالخيار، إن شاءت أخذته ناقصا ولا شيء لها غير ذلك، وإن شاءت تركته وأخذت قيمته يوم العقد.

ب - إن كان بيد الزوج والنقصان غير فاحش فلا شيء للزوجة.

جـ - إن كان بيد الزوجة والنقصان فاحش، فإن كان النقصان قبل الطلاق فالزوج بالخيار بين أخذ نصفه ولا شيء له غير ذلك، وبين أخذ نصف القيمة يوم القبض، وإن كان بعد الطلاق فهو بالخيار أيضا بين أخذ نصفه ونصف الأرش، وبين أخذ قيمته يوم قبضه.

د - إن كان بيد الزوجة والنقصان غير فاحش، أخذ الزوج النصف ولا خيار له[2].

هذه هي أقوال فقهاء المذاهب في الجائحة التي تصيب المهر، فمنهم من يرى عدم وضع الجائحة كابن القاسم من المالكية، والشافعية في التلف الكلي، والحنابلة في الصداق المعين، والحنفية في بعض الحالات.

---

(١) المغني ١٧٧/٧ - ١٧٨ ، وكشاف القناع ١٤١/٥، والإنصاف ٢٦١/٨.

(٢) بدائع الصنائع ٣٠١/٢ وانظر فتح القدير ٣٨٨/٣ - ٣٨٩، والفتاوى الهندية ٣١٦/١ .

ومنهم من يرى وضع الجائحة في المهر كالمشهور عند المالكية، والحنابلة في الصداق غير المعين بعد القبض، والحنفية في بعض الحالات.

* **صورة من جوائح الوديعة :**

قد يودع شخص عند شخص آخر وديعة ليحفظها لها، ثم تصاب بجائحة فتهلك فعلى من الضمان؟ هل توضع الجائحة فيضمن المستودع، أو لا توضع، فلا يكون الضمان على المستودع؟

حتى يتبين أثر الجائحة في الوديعة لابد من ذكر رأي الفقهاء في يد المستودع، هل هي يد أمانة أو هي يد ضمان؟

اتفق جماهير الفقهاء على أن الوديعة أمانة في يد الوديع، فإن تلفت من غير تعديه أو تفريطه فلا ضمان عليه.

قال ابن المنذر : (أجمع أكثر أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة ثم تلفت من غير جنايته ألا ضمان عليه)(١).

ونقل ابن هبيرة الاتفاق على أن الضمان لا يجب على المودع إلا بالتعدي(٢). وفي مجلة الأحكام العدلية: (الوديعة أمانة بيد المستودع وبناء عليه إذا هلكت أو فقدت بدون صنع المستودع وتعديه وتقصيره في الحفظ لا يلزم الضمان)(٣).

ويذكر ابن رشد الحفيد أن فقهاء الأمصار اتفقوا على أن الوديعة أمانة وليست مضمونة(٤). أما ابن قدامة فيذكر أن الوديعة أمانة فإذا تلفت بغير تفريط

(١) الإشراف ٢٥١/١، والاجماع (١٠٢).

(٢) الإفصاح ١٦٦/٦.

(٣) درر الحكام ٢٦٦/٢ مادة «٧٧٧».

(٤) بداية المجتهد ٣٧٨/٢.

من المودع فليس عليه ضمان، سواء ذهب معها شيء من مال المودع أم لم يذهب، ثم ذكر أنه قول أكثر أهل العلم(١).

ويذكر الشيرازي أنه إجماع فقهاء الأمصار، ثم ذكر العلة وهي أنه يحفظها للملك فكانت يده كيده، ولأن حفظ الوديعة معروف وإحسان، فلو ضمنت من غير عدوان زهد الناس في قبولها، فيؤدي إلى قطع المعروف(٢).

واستدل بعض الفقهاء من السنة ما يدل على أن يد المودع يد أمانة، وهو ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من أودع وديعة فلا ضمان عليه»(٣).

ورواية أخرى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان»(٤) والمغل هو الخائن.

إلا أن الاستدلال بهذين الحديثين لا يصح إذ الحديثان ضعيفان فالأول فيه راو متروك وهو المثنى بن صباح، والثاني في إسناده ضعيفان كما ذكر ابن حجر(٥).

قال الشوكاني : (الأصل الشرعي هو عدم الضمان ، لأن مال الوديع معصوم بعصمة الإسلام، فلا يلزم منه شيء إلا بأمر الشرع، ولا يحتاج مع هذا

---

(١) المغني ٦/٣٠٠

(٢) المهذب ١/٣٥٩.

(٣) أخرجه ابن ماجة ٢/٨٠٢ في كتاب الصدقات باب الوديعة رقم الحديث (٢٤٠١) ، والبيهقي ٦/٢٨٩. وقال البوصيري في الزوائد ٢/٤٢، إسناد ضعيف لضعف المثنى .

(٤) أخرجه الدارقطني ٣/٤١ والبيهقي ٦/٢٨٩ وقال الدارقطني في رواته: عمرو وعبيدة ضعيفان.

(٥) التلخيص الحبير ٣/٩٧.

الأصل إلى الاستدلال على عدم الضمان بما لم يثبت)[١].

إذاً الفقهاء متفقون على أن يد المودع يد أمانة فلا يضمن إن تلفت الوديعة بغير تفريط منه ولا تعد.

وبهذا يتبين أنه لا أثر للجائحة في الوديعة، فإذا تلفت بآفة سماوية فلا ضمان على المودع ما لم يفرط أو يتعد، لأن يده يد أمانة لا تضمن إلا بالتفريط.

*** صورة من جوائح العارية :**

قد تصيب الجائحة العين المعارة في يد المستعير، فهل لذلك تأثير، بمعنى هل الضمان على المستعير أو على المعير؟

يرى الحنفية أن المعار أمانة بيد المستعير ، فإذا تلف بآفة سماوية فلا يضمن إلا بالتعدي، واستدلوا على ذلك بحديث «ليس على المستعير غير المغل ضمان»[٢] ، ولأن المستعير قبض المعار بإذن مالكه فكان أمانة كالوديعة[٣].

ويرى الشافعية والحنابلة أن المعار مضمون بيد المستعير، فإذا تلف بآفة سماوية وجب عليه الضمان سواء فرط أم لم يفرط.

واستدلوا بحديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان بن أمية درعاً يوم حنين فقال : أغصبا يامحمد؟ قال: «بل عارية مضمونة» وفي رواية: يارسول الله أعارية مؤداة؟ قال: «نعم عارية

---

(١) السيل الجرار ٣/٣٤٢.

(٢) تقدم تخريجه ص ٣٧٥ .

(٣) تبيين الحقائق ٥/٨٥ ، وبدائع الصنائع ٦/٢١٧.

مؤداة»[١].

وحديث الحسن عن سمرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[٢].

ولأن المستعير أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفعه من غير استحقاق ولا إذن فكان مضموناً كالغاصب، إلا أنهم قالوا : إن تلفت العارية بآفة سماوية باستعمال مأذون فيه كاللبس والركوب المعتاد فإنه لا يضمن لحصول التلف بإذن من المالك[٣].

أما المالكية فيرون تضمين المستعير ما يغاب عليه من العارية وهو : ما يمكن إخفاؤه كالثياب والحلي والكتب إلا أن تقوم البينة على هلاكها أو ضياعها بلا سبب منه فلا يضمن حينئذ.

ودليلهم في ذلك تعارض الأحاديث الواردة في الضمان وعدم الضمان ، فتحمل الأحاديث المثبتة للضمان على الحالات التي يغاب عليه، وعلى ما إذا لم تكن هناك بينة على التلف.

وتحمل الأحاديث النافية للضمان على ما لا يغاب عليه، وعلى ما إذا وجدت بينة، جمعاً بين الأحاديث[٤].

---

(١) أخرجه الحاكم ٤٩/٣ وصححه ووافقه الذهبي، وأخرج الرواية الأخرى أبوداود ٨٢٦/٣ في البيوع باب في تضمين العارية رقم الحديث (٣٥٦٦) ، وحسنه ابن حزم في المحلى ١٧٣/٩.

(٢) أخرجه أبو داود ٨٢٢/٣ في البيوع باب في تضمين العارية رقم الحديث (١٥٦١)، والترمذي ٥٦٦/٣ في البيوع باب ما جاء في أن العارية مؤداة رقم الحديث (١٢٦٦)، وابن ماجه ٨٠٢/٢ في الصدقات باب العارية رقم الحديث (٢٤٠٠) . وأعله ابن حجر في التلخيص ٥٣/٣، وابن حزم في المحلى ١٧٣/٩.

(٣) روضة الطالبين ٧٦/٤، والحاوي ١١٨/٧ - ١١٩، والمغني ١٢٩/٥ ، والإنصاف ١١٢/٦.

(٤) بداية المجتهد ٣٨٢/٢ - ٣٨٣، والمعونة ١٢٠٨/٢ - ١٢٠٩.

وعلى هذا فأنه لا أثر للجائحة في العارية عند الحنفية، والمالكية فيما لا يغاب عليه، وبالتالي لا ضمان على المستعير عند تلف المعار بآفة سماوية بدون تفريط منه.

وللجائحة أثر في العارية عند المالكية فيما يغاب عليه، وعند الشافعية والحنابلة، وبالتالي على المستعير الضمان إن تلف المعار بآفة سماوية سواء فرط أم لم يفرط.

المبحث الثاني

صور من الجوائح في غير العقود

المبحث الثاني
صور من الجوائح في غير العقود

سبق الحديث في المبحث السابق عن بعض الصور من الجوائح في العقود، ونتكلم في هذا المبحث عن بعض الصور من الجوائح في غير العقود.

وهذه الصور وإن كانت في غير العقود إلا أني أذكرها لوضوح الشبه بينها وبين الجوائح في العقود، ثم حتى يتبين أن للجوائح صوراً كثيرة حتى في غير العقود.

* صورة من جوائح الزكاة :

قد تصيب الجائحة مال الزكاة فما الحكم؟ أى ما حكم هلاك المال الواجب فيه الزكاة بعد وقت وجوب الزكاة؟

يرى الحنفية سقوط الزكاة بتلف المال لأن الواجب جزء من النصاب فيسقط بهلاك محله، واختلفوا إن كان هلاكه بعد طلب الساعي فقيل بالضمان وقيل بعدمه . وسقوط الزكاة بتلف المال سواء تمكن من الأداء أم لم يتمكن[١].

ويرى المالكية والشافعية وجوب زكاة كل المال إن كان ضياعه بتفريطه في حفظه، وكذا الحكم إن فرط في الإخراج بعد التمكن بأن وجد المستحق، سواء طلب الزكاة أم لم يطلبها، وذلك لتقصيره بحبس الحق عن

---

(١) فتح القدير ٢/٢٠١ ، وتحفة الملوك (١٢٦).

مستحقه(١).

أما الحنابلة فذهبوا إلى وجوب زكاة كل المال إن تلف بعد الوجوب، حتى لو ضاع كله بعد الحول، تبقى الزكاة في ذمته، لا تسقط إلا بالأداء، لأنها حق للفقراء ومن معهم لم يصل إليهم كدين الآدمي(٢).

ويلخص ابن قدامة آراء الفقهاء في هذه المسألة ، فيذكر أن المشهور عند الحنابلة أن الزكاة لا تسقط بتلف المال بالتفريط وبغير التفريط، ومذهب مالك والشافعي: إن تلف النصاب قبل التمكن من الأداء سقطت الزكاة عنه، وإن تلف بعده لم تسقط، إلا أن مالكاً استثنى الماشية فقال لا شيء فيها حتى يجيء المصدق، فإن هلكت قبل مجيئه فلا شيء عليه.

أما أبو حنيفة فقال : تسقط الزكاة بتلف النصاب على كل حال إلا أن يكون الإمام قد طالبه بها فمنعها ودليله أنه تلف قبل محل الاستحقاق فسقطت الزكاة، كما لو تلفت قبل الجذاذ، ولأنه حق يتعلق بالعين فسقط بتلفها، كأرش الجناية في العبد الجاني.

ثم ذكر دليل مالك والشافعي وهو أن هذه عبادة يتعلق وجوبها بالمال فيسقط فرضها بتلفه قبل إمكان أدائها كالحج.

ثم ذكر أن الصحيح أن الزكاة تسقط بتلف المال إذا لم يفرط في الأداء، لأنها تجب على سبيل المواساة ، فلا تجب على وجه يجب أداؤها مع عدم المال، وفقر من تجب عليه(٣).

---

(١) بداية المجتهد ٢/٢٩٢ ، وحاشية الدسوقي ١/٥٠٣، والحاوي ٣/٩١، والأم ٣/٥٢.

(٢) الإنصاف ٣/٣٩ ، ومطالب أولي النهى ٢/٢٦.

(٣) المغني ٢/٢٨٨ - ٢٨٩.

وهكذا نجد أن للجائحة أثراً في الزكاة كما عند الحنفية إذ لا تجب إن أتلفت بسبب الجائحة إلا في حالة طلب الإمام كما سبق. أما الحنابلة فيرون أن لا أثر للجائحة في الزكاة على سبيل الإطلاق، وسواء فرط أم لم يفرط فإن الزكاة باقية واجبة.

أما المالكية والشافعية فيرون أن لا أثر للجائحة في الزكاة ولكن لا على سبيل الإطلاق، كما عند الحنابلة ولكن بتلفها بعد التمكن من الأداء حيث تلزم وتجب، أما قبل التمكن من الأداء فللجائحة أثر في سقوط الزكاة.

* صورة من جوائح الغصب :

قد يغصب شخص عينا ما ، وهذه العين المغصوبة في يد الغاصب أصيبت بجائحة فأتلفتها، فهل لهذه الجائحة أثر في الغصب، بمعنى ماذا يجب على الغاصب تجاه المغصوب؟ هل يلزمه ضمان المغصوب في حالة التلف بسبب الجائحة السماوية؟

الكلام في هذه المسألة كالكلام في مسألة الوديعة والعارية السابقتين، في كون يد الغاصب يد ضمان أو يد أمانة.

يتفق الفقهاء على أن يد الغاصب يد ضمان ، يجب عليه أن يرد العين المغصوبة، ويلزمه ضمانها بالتلف، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[1]، ولأن حق المغصوب منه معلق بعين ماله وماليته، ولا يتحقق ذلك إلا برده، فإن تلف في يده لزمه بدله لقول الله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»[2]، ولأنه لما تعذر رد العين المغصوبة

---

(١) تقدم تخريجه ص ٣٧٧ .

(٢) سورة البقرة آية ١٩٤ .

بعينها، وجب رد ما يقوم مقامها في المالية(١).

وما سبق لا خلاف فيه بين الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا في بعض المسائل، في كيفية رد المثل أو القيمة وتحديد وقت الضمان.

الاتفاق واقع في أنه يجب الضمان بالمثل إذا كان المال مثلياً(٢)، ويجب بالقيمة إن كان المال قيمياً(٣) أما الخلاف فإليك طرفاً منه:

عند الحنفية يجب على الغاصب رد المغصوب في مكان غصبه لأن القيمة تتفاوت بتفاوت الأماكن، فإن هلك المغصوب وهو مثلي، فعلى الغاصب رد مثله لأن المثل أعدل لوجود المالية والجنس، وإن لم يكن مثلياً كالحيوان والعددي المتفاوت والمزروع، فعلى الغاصب رد قيمته يوم غصبه، لأن القيمة تقوم مقام العين من حيث المالية عند تعذر المماثلة، دفعاً للظلم، وإيصالاً للحق إلى مستحقه بقدر الإمكان.

وتجب القيمة يوم الغصب، لأنه السبب، وبه يدخل في ضمانه. هذا كله في المنقول أما غير المنقول فليس فيه ضمان بل لا يتصور فيه الغصب، لكن إن أتلفها ضمن بالاتلاف(٤).

وعند المالكية: إن تلف المغصوب عند الغاصب على أي وجه تلف ضمنه بقيمته يوم الغصب، إما بمثله مما كان له مثل، أو بقيمته إن كان مما لا مثل له، أي نوع كان من ذهب أو فضة أو حيوان أو متاع أو عروض أو عقار، فلا فرق في

---

(١) انظر المغني ٥/١٣٩.

(٢) المال المثلي هو ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به، أو هو ما تماثلت آحاده أو أجزاؤه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به كالحبوب والنقود والأدهان.

(٣) المال القيمي: هو ما ليس له مثل في الأسواق أو يوجد مع التفاوت المعتد به، أو هو ما تفاوتت أفراده فلا يقوم بعضها مقام بعض بلا فرق كالدور والأراضي والأشجار وأفراد الحيوانات والحلي.

(٤) انظر تبيين الحقائق ٥/٢٢٢، وفتح القدير ٩/٣١٨، والاختيار ٢/٨٠.

الضمان بين المنقول وغير المنقول، لأن كل معنى يضمن به ما ينقل ويحول من الأعيان فإنه يضمن له ما لا ينقل منها ولا يحول، كالقبض في البيع، واعتبارا بما لا ينقل ولا يحول بعلة أنها أعيان مقصورة.

ولأن الغصب سبب للضمان، فوجب أن يضمن به العقار والنخل كالإتلاف به[١].

والشافعية يوافقون المالكية في وجوب الضمان منقولاً كان المغصوب أم غير منقول، ولهم في ذلك تفصيل، فالمغصوب إذا تلف لزم الغاصب الضمان مطلقاً، فإن كان له مثل كالذي تتساوى أجزاؤه من الحبوب والأدهان والدراهم والدنانير، فعلى الغاصب رد مثله جنساً ونوعاً وقدراً، لأن مثل الشيء أخص به بدلا من القيمة، لأنه مثل في الشرع واللغة، والقيمة مثل في الشرع دون اللغة.

وإن لم يكن له مثل كالذي تختلف أجزاؤه من الثياب والعبيد، فعليه قيمته في أكثر أحواله قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف، بدليل حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «من أعتق شركاً له في عبد قُوّم عليه»[٢]، فأوجب قيمة الحصة ولم يوجب مثل تلك الحصة، ولأنه لما كانت أجزاؤه مضمونة بالقيمة دون المثل، وجب أن يكون في استهلاك العين بمثابته، ولأن ما تخلف أجزاؤه يتعذر فيه المماثلة، ولا يخلو من أن يكون زائداً يظلم به الغاصب، أو ناقصاً يظلم به المغصوب، والقيمة عدل، يؤمن فيها ظلم الفريقين[٣].

أما الحنابلة فيرون وجوب رد بدل المغصوب إن تلف في يد الغاصب، لأنه إذا

---

(١) انظر المدونة ١٨٤/٤، والمعونة ١٢١٤/٢، والذخيرة ٢٨٥/٨.

(٢) أخرجه البخاري ٢١٤/٢ في العتق باب إذا أعتق عبدا بين اثنين أو أمه بين الشركاء رقم الحديث (٢٥٢٢)، ومسلم ١٢٨٦/٣ في الأيمان باب من أعتق شركاً له في عبد رقم الحديث (١٥٠١).

(٣) انظر الحاوي ١٣٦/٧ – ١٣٨، والمهذب ٣٦٧/١ – ٣٦٨، ومغني المحتاج ٢٨١/٢.

تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية، ثم ينظر فإن كان مما تتماثل أجزاؤه وتتفاوت صفاته، كالحبوب والأدهان، وجب مثله، لأن المثل أقرب إليه من القيمة، وهو مماثل له عن طريق الصورة والمشاهدة والمعنى، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد، فكان ما طريقه المشاهدة مقدماً كما يقدم النص على القياس، لكون النص طريقه الإدراك بالسماع، والقياس طريقه الظن والاجتهاد.

وإن كان غير متقارب الصفات، وهو ما عدا المكيل والموزون، وجبت قيمته لحديث «من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه قيمة العدل»[١]، فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق، ولم يأمر بالمثل، ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتتباين صفاتها، فالقيمة أعدل وأقرب إليها، فكانت أولى.

وأما ما تتماثل أجزاؤه وتتفاوت صفاته كالدراهم والدنانير والحبوب والأدهان فيضمن بمثله[٢].

هذا هو حاصل كلام الفقهاء في ضمان الغاصب، فهم متفقون على وجوب رد المغصوب إن تلف بسبب جائحة، فيرد مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيميا على خلاف في وقت رد المثل أو القيمة، ويلاحظ أن أبا حنيفة يخالف الجمهور في مسألة ضمان العقار، لأنه يرى أنه لا يتصور الغصب فيه، فلا يضمن بالغصب، لكن أن أتلفه ضمنه بالإتلاف لأنه لا يوجد فيه النقل والتحويل، بعكس المنقول إذ النقل فعل فيه وهو الغصب[٣].

وهكذا نرى أنه ليس للجائحة أثر في الغصب عند الفقهاء حيث يجب على الغاصب أن يضمن العين المغصوبة إن تلفت عنده بسبب الجائحة، فلا توضع

(١) تقدم تخريجه ص٣٨٤ .

(٢) انظر المغني ٥/١٣٩ - ١٤٠.

(٣) انظر فتح القدير ٩/٣٢٣ .

الجائحة عن الغاصب، بل هو ضامن على كل حال، فالحكم كما يقول ابن جزي (الغاصب ضامن لما غصبه سواء تلف بأمر الله أو من مخلوق)[١].

* صورة من جوائح اللقطة :

إذا التقط الملتقط لقطة ثم أخذها وأشهد عليها ، فتلفت عنده بسبب جائحة، فهل عليه ضمان، أي هل توضع عنه الجائحة فلا يضمن، أو لا توضع ويلزمه الضمان؟

يتفق الفقهاء على أن اللقطة في الحول أمانة في يد الملتقط، إن تلفت بغير تفريطه أو نقصت فلا ضمان عليه وحكمها حكم الوديعة في عدم الضمان.

ومتى جاء صاحبها فوجدها أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة ، لأنها نماء ملكه، وإن أتلفها الملتقط أو تلفت بتفريطه ضمنها بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال، وبقيمتها إن لم يكن لها مثل.

هذا هو ما اتفق عليه الفقهاء في الجملة، إلا أنهم اختلفوا في بعض المسائل، منها إذا أخذ الملتقط اللقطة ولم يشهد عليها، وقال أخذتها للحفظ وكذبه المالك، فإنه لا يضمن عند الجمهور[٢]، ويضمن عند أبي حنيفة[٣].

ومنها فيما إذا تلفت اللقطة بعد الحول، فإنها تثبت في ذمة الملتقط عند جمهور الفقهاء، إما مثلها أو قيمتها، لأنها دخلت في ملكه، وتلفت من ماله سواء

---

(١) القوانين (٣٦٠).

(٣) انظر حاشية الدسوقي ٤/١٢١، ومغني المحتاج ٢/٤١٦، والمغني ٦/١٤.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٦/٢٠١، وفتح القدير ٦/١١٩.

فرط في حفظها أم لم يفرط.

ويمكن القول بأن الاتفاق واقع في أن اللقطة أمانة بيد الملتقط حسب نيته، فإن كان قد التقطها بنية حفظها وردها إلى صاحبها فهي أمانة، وتسري عليها أحكام الأمانة، أي لا تضمن إلا بالتعدي أو التفريط، وإن كان قد التقطها بنية أخذها لنفسه ، وعدم ردها إلى صاحبها فهي مضمونة عند الملتقط، لأنها في حكم المغصوب، والمغصوب - كما سبق بيانه - مضمون على غاصبه حتى يرده إلى صاحبه.

وبهذا يتبين أن للجائحة أثراً في اللقطة حيث توضع عن الملتقط في حالة تلف اللقطة بسببها فلا يضمن، وهذا إذا كان ناوياً إرجاعها لصاحبها، ولم يقع منه تعد ولا تفريط، أما إذا نوى التملك، أو نوى الإرجاع مع التقصير والتفريط فلا توضع عنه الجائحة ويلزمه الضمان.

* صورة من جوائح السفن :

السفينة هي كل ما يركب به البحر ويشمل القارب والزورق والباخرة ونحوها، قد تصاب بجائحة من الجوائح، كالفيضانات، أو الرياح الشديدة، أو أثر الحروب والنزاعات بين الدول، فما هو تأثير هذه الجائحة على أهل السفينة؟ وما الحكم إذا ألقي المتاع في البحر خوفاً من الغرق وعلى من الضمان؟ .

للفقهاء في ذلك تفصيلات كثيرة: فعند الحنفية إذا كانت السفينة على وشك الغرق فألقى البعض متاع غيره في البحر ضمن قيمتها في تلك الحال. وإذا خاف أهل السفينة على أنفسهم فاتفقوا على إلقاء أمتعتهم، فالغرم يكون بعدد الرؤوس، وقيل: على الأملاك مطلقاً. ولو خشي على الأمتعة دون الأنفس فعلى قدر الأموال، وإذا خشي عليهما فعلى قدرهما، فمن كان غائبا وأذن بالالقاء اعتبر ماله لا نفسه،

ومن كان حاضرا بماله اعتبر ماله ونفسه فقط، ومن كان بنفسه فقط اعتبر بنفسه[١].

وعند المالكية : يجوز طرح ما في السفينة من متاع إذا خيف الغرق، سواء أذن من فيها أم لم يأذنوا، إذا رجى بذلك نجاتهم، وكان المطروح بينهم على قدر أموالهم، ولا غرم على من طرحه[٢].

وعند الشافعية : إذا أشرفت السفينة على الغرق جاز إلقاء بعض المتاع في البحر، فإن طرح مال غيره بلا إذن ضمنه، وإلا لم يضمن، كأكل المضطر طعام غيره بغير إذنه.

ولو قال : ألق متاعك وعلي ضمانه، أو على أني ضامن، فإنه يضمن، ولو اقتصر على قوله: ألق، فلا ضمان لعدم الالتزام[٣].

أما الحنابلة فلهم تفصيل : فإن ألقى بعض من في السفينة متاعه لتخف السفينة وتسلم من الغرق لم يضمنه أحد للمصلحة العامة، وإن ألقى متاع غيره بغير إذنه ضمنه وحده.

وإن قال لغيره ألق متاعك فقبل منه، لم يضمنه له، لأنه لم يلتزم ضمانه، بخلاف ما لو قال ألق وأنا ضامن له، أو عليَّ قيمته، فإنه يلزمه ضمانه.

وإن قال : ألقه وعلي وعلى ركبان السفينة ضمانه فألقاه ففيه خلاف، قيل: يلزمه ضمان وحده لأنه التزم ضمانه جميعه فلزمه ما التزمه، وقيل: إن كان ضمان اشتراك مثل أن يقول: نحن نضمن لك، أو على كل واحد منا ضمان قسطه، لم يلزمه إلا ما يخصه من الضمان، لأنه لم يضمن إلا حصته، وإنما أخبر عن الباقين

---

(١) حاشية ابن عابدين ١٧٢/٥.

(٢) حاشية الدسوقي ٢٧/٤ ، والشرح الصغير ٢٨٩/٢ - ٢٩٠.

(٣) نهاية المحتاج ٣٦٦/٧ - ٣٦٧، ومغني المحتاج ٩٢/٤.

بالضمان، فسكتوا وسكوتهم ليس بضمان، وإن التزم ضمان الجميع، وأخبر عن كل واحد منهم بمثل ذلك، لزمه ضمان الكل[١].

وهكذا نجد أن للجائحة أثراً فيما يتلف من متاع السفينة، حيث يضمن من يطرح متاع غيره بغير إذنه، أو من يتكفل ضمان ما يتلف من المتاع كما ذكر الشافعية والحنابلة .

ويتبين لنا في هذا الفصل أن الجوائح لا تقتصر على نوع واحد من العقود، بل لا تقتصر على العقود فقط بل تتعدى إلى غيرها، مما يوسع دائرة تصور وقوع الجوائح ومحال وضعها، وأن الكلام في الجوائح أشمل وأوسع مما قد يظنه البعض من اقتصاره على جوائح الثمار دون غيرها .

---

(١) المغني ١٦١/٨ ، والإنصاف ٢٤٦/٦.

الفصل الرابع

طرق القضاء بالجائحة وفسخ العقود بها

بعد أن بينت أحكام وضع الجوائح أبين في هذا الفصل ما هي الطرق التي تقضى بها الجائحة، ثم أبين أثر الجائحة في فسخ العقود سواء كانت عقود بيع أم عقود إجارة. وذلك في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: طرق القضاء بالجائحة

المبحث الثاني: فسخ العقود بالجائحة

المبحث الأول

طرق القضاء بالجائحة

المبحث الأول
طرق القضاء بالجائحة

ذكر المالكية في شرحهم لمبدأ الجوائح الطرق الخاصة بالقضاء بالجائحة ، وذلك عند اختلاف المتبايعين .

فإذا أريد الحكم بوضع الجائحة ووقع الاختلاف بين المتبايعين كان هناك طريقان للفصل والقضاء: إما بالتراضي بين البائع والمشتري، وإما بالبينة.

فإذا وقع التناكر بين البائع والمشتري وادعى البائع أن الجائحة أقل من الثلث، فإذا اعتبرنا الجائحة بالكمية، فقال البائع إن المشتري جنى قبل الجائحة كمية كذا ما لو أضيفت إلى الموجود كانت الجائحة دون الثلث، وأنكر ذلك المشتري فالقول قول البائع إلا أن يقيم المشتري البينة.

ويذكر بعض المالكية أنه إن قام المشتري بالجائحة، وزعم البائع أنه قد كان جنى قبل الجائحة من الثمرة ما إذا أضيف إلى الباقي لم يبلغ المجاح منها الثلث، فعلى المشتري البينة أن ما أجيح من الثمرة وما بقي منها الآن هو جميع ما ابتاع، أو أن ما جنى منها يسير إذا ضم إلى ما سلم منها لم يبلغ النصف، فإن قدر على ذلك حكم له بالجائحة، وإن عجز عنه حلف له البائع وبرأ من الجائحة، وإن شاء صرف عليه اليمين. لأن عبء الإثبات يقع على المشتري طبقاً لقاعدة البينة على المدعى واليمين على من أنكر، فعلى المشتري أن يثبت قدر ما أصابت الجائحة، ولا يلتفت إلى قوله مجرداً عن الدليل(١).

ويذكر الحطاب الأب أن الحكم بوضع الجوائح يتصور : إما بتوافق البائع والمشتري على قدر المجاح، أو بالبينة على قدره.

---

(١) انظر معين الحكام ٢/٥٢٣ .

ثم ذكر الاختلاف فيما إذا حصل التناكر بين البائع والمشتري في قدر ذلك ولا توجد بينة، ونقل قول القاضي عياض(١) أن القول قول المشتري مع يمينه، لقضاء عمر بن عبدالعزيز باليمين على المشتري ألا يكتم شيئاً وعليه ما أكل عماله.

قال فضل بن سلمة(٢) : فيه دليل أن القول قول المبتاع مع يمينه فيما أذهبت الجائحة إذا اختلف مع البائع، وأصبغ يقول في ذلك القول قول البائع، وعلى المبتاع البينة.

ثم نقل الحطاب نص ما جاء في التوضيح أنه : (إن وافق البائع المشتري على أن التالف الثلث فلا إشكال، وإلا فلابد من إثبات المبتاع ذلك، ويتصور ذلك بأن يحضر هو(٣)، لأن في وقت الشراء بحضرة المتبايعين(٤)، ثم ينظران بعد الجائحة،

---

(١) هو عياض بن موسى بن عمرو اليحصبي السبتي. إمام وقته في الحديث وعلومه، كان عالماً بالتفسير وعلومه، فقيهاً أصوليا عالما بالنحو وكلام العرب وأيامهم. حافظا لمذهب مالك. توفي بمراكش سنة ٥٤٤هـ. من مؤلفاته: «الشفافي شرف المصطفى»، و« ترتيب المدارك وتقريب المسالك في ذكر فقهاء مذهب مالك».

[الديباج المذهب (١٦٨) ، طبقات علماء الحديث ٧٨/٤].

(٢) هو فضل بن سلمة بن جرير الجهني . من أعلم الناس بمذهب مالك، كان من أوقف الناس على الروايات وأعرفهم باختلاف أصحاب مالك. توفي سنة ٣١٩هـ. من مؤلفاته : «مختصر المدونة»، و«مختصر الواضحة».

[الديباج المذهب (٢١٩) ، ترتيب المدارك ٢٢١/٥].

(٣) لا يكفي حضور البائع والمشتري، بل لابد من وجود خبير زراعي بطلب من المحكمة في حالة الخصومة بينهما، للانتقال إلى المزرعة ومعاينة المحصول موضوع التعاقد، وذلك لبيان حالته الراهنة، وكيفية الإصابة، وبيان ما به من تلف، وسبب ذلك، وتقدير الكمية التالفة وقيمتها، ونسبة الفساد إن وجد، فالمحكمة تعول كثيرا على تقرير الخبرة في مثل هذه الأحوال. وبهذا أخذت المحكمة العليا الليبية في حكم لها في جائحة الثمار المبيعة على رؤوس أشجارها، في القضية رقم ١٢/٣٥ لسنة ٦٦ نقض مدني، المنشور بمجلة المحكمة العليا العدد الرابع، السنة الثالثة ١٣/١٢. انظر القول الواضح (٢٢٢) حاشية (٥٢٢).

(٤) هكذا في القول الواضح ولعل الصواب : (لأن وقت الشراء كان بحضرة المتبايعين).

ويشهدان أنه إنما تلف الثلث فأكثر).

ثم يذكر الحطاب الحاصل وهو أن المشهور من مذهب المالكية عدم قبول قول المشتري فيما أجيح، وأنه لابد من إقامة البينة على ما يدعيه من الجائحة[1].

ويفصل أبو القاسم الكناني[2] في القضاء بالجائحة، فيذكر أن المشتري إذا ذهب إلى إثبات الجائحة فادعى البائع أن المشتري جنى قبل الجائحة كثيرا من الثمرة، فالواجب على المشتري أن يثبت أن ما أدركته الجائحة في الثمرة هو جميع ما ابتاع منها، وطريق الإثبات إما بالتقدير، وإما بمعاينة الشهود حين البيع.

وصفة الشهادة على الجائحة : أن يتكرر نظر الشهود في الجائحة المرة بعد المرة في أوقات مختلفة، ويجوز التخمين لما أفنى المشتري من الثمرة المشهود بها، ويقولون في شهادتهم أن الذي أذهبت الجائحة ثلث تين الجنة المبيعة مثلاً، مع ما أكل منها المشتري قبل الجائحة، فإذا شهدوا على هذا الوجه وجب الحكم بالجائحة.

وإن قصر الشهود عن تخمين ما أكل المشتري، وإنما شهدوا أن الجائحة في ثلث ما بقي، فهي شهادة ناقصة، والواجب أن يحلف البائع أن الجائحة في أقل من ثلث الجميع مع ما أفنى المشتري وتسقط الجائحة.

فإن نكل البائع حلف المشتري أنها في الثلث وحكم بها.

ثم ذكر حكم ما إذا أجيحت الجنة كلها فاختلف المشتري مع البائع، فالبائع يدعي أن المشتري جنى منها، والمشتري ينفي ذلك ويدعي قليلاً، وأن القول في ذلك قول المشتري.

---

(١) القول الواضح (٢٢١ - ٢٢٣).

(٢) هو سلمون بن علي بن عبد الله بن سلمون الكناني من أهل غرناطة وقاضيها المالكي، عالم بالعقود والوثائق. توفي سنة ٧٦٧هـ من مؤلفاته «العقد المنظم للحكام فيما يجري على أيديهم من العقود والأحكام».

[الديباج المذهب (١٢٥) ، شجرة النور الزكية (٢١٤)] .

وذكر أنه إذا اختلفت الشهادة ، فشهد قوم بالثلث، وشهد آخرون أنها أقل، فيحتمل أن ينظر إلى أعدل البينتين، أو يحكم بشهادة من شهد بالثلث[١].

وممن ذكر تنازع المتبايعين في حصول الجائحة الزرقاني[٢] حيث يقول: (لو تنازعا في حصول الجائحة صدق البائع إذ الأصل السلامة حتى يثبت المشتري ما يدعيه، فإن تصادقا عليها واختلفا في قدر ما أذهبته، هل الثلث أو أقل ، فقيل: القول للبائع، وقيل: للمبتاع)[٣].

وكذا المسألة في الشرح الصغير: إن اختلفا في حصول الجائحة فالقول قول البائع لأن الأصل عدمها، وعلى المشتري الإثبات، وإن توافقا عليها واختلفا في قدر المجاح هل هو الثلث أو أكثر أو أقل، فالقول قول المشتري لأنه غارم وهو مصدق فيما غرمه[٤].

هذا هو حاصل كلام فقهاء المالكية في طرق القضاء بالجائحة، حيث المشهور من المذهب عدم قبول قول المشتري فيما أجيح، فلا يقبل قوله في حصول الجائحة إلا إذا أتى ببينة على ما يقول، فالأصل مع البائع، إذ الأصل سلامة المبيع حتى يثبت ضد ذلك.

فإن أتى المشتري بالبينة حكم له بوضع الجائحة بدليل البينة، أما إذا اتفق البائع والمشتري على حصول الجائحة، واختلفا في قدر ما أذهبته الجائحة، فخلاف في المذهب، منهم من يرى أن القول قول البائع، ومنهم من يرى أن القول قول المشتري.

---

(١) العقد المنظم للحكام (٢٥٣).

(٢) هو عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني . فقيه مالكي. مشارك في بعض العلوم. ولد بمصر وبها نشأ، وتوفي سنة ١٠٩٩هـ. من مؤلفاته «شرح مختصر خليل» ، و«شرح العزية».

[الأعلام ٣/٢٧٢ ، ومعجم المؤلفين ٥/٢٧٦] .

(٣) شرح الزرقاني على خليل ٥/١٩٧ .

(٤) بلغة السالك مع الشرح الصغير ٢/٨٩.

المبحث الثاني

فسخ العقود بالجائحة

هذا المبحث هو خاتمة الحديث عن الجوائح، وهو يتعلق بفسخ العقد بسبب الجائحة، فالعقود قد تنفسخ بسبب الجائحة وقد لا تنفسخ، وأعني بالعقود هنا عقدي البيع والإجارة كما بينت أحكامهما فيما مضى من المباحث.

وسيكون الحديث عنهما في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: أثر الجائحة في فسخ عقد البيع

المطلب الثاني: أثر الجائحة في فسخ عقد الإجارة

المطلب الأول
أثر الجائحة في فسخ عقد البيع

قد تصيب الجائحة المعقود عليه في عقد البيع، وقد ينفسخ العقد وقد لا ينفسخ، وهذا يختلف باختلاف الضرر الواقع على المعقود عليه، ووقت وقوع الجائحة، فقد تقع الجائحة قبل قبض المبيع، وقد تقع بعده، وقد يتعيب المبيع قبل قبضه بسبب الجائحة، وقد تصيب الجائحة المبيع كله وقد تصيب بعضه.

وهذه المسائل قد سبقت الإشارة إليها في المباحث السابقة، وأبينها في هذا المبحث على وجه الاختصار مبيناً أثر الجائحة في فسخ العقد أو عدم فسخه.

أولاً : إذا وقعت الجائحة قبل قبض المبيع انفسخ العقد، لأن المبيع مازال في ضمان البائع، وهذا لا خلاف فيه في الجملة، إلا عند المالكية الذين يرون أن الضمان ينتقل إلى المشتري بنفس العقد على تفصيل عندهم.

ففي بدائع الصنائع : (هلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع... فإن هلك كله قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع لأنه لو بقي أوجب مطالبة المشتري بالثمن، وإذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع، وأنه عاجز عن التسليم، فتمتنع المطالبة أصلا، فلم يكن في بقاء البيع فائده فينفسخ، وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري لأن انفساخ البيع ارتفاعه من الأصل كأن لم يكن)[١].

وفي مغني المحتاج : (المبيع قبل قبضه من ضمان البائع، بمعنى انفساخ البيع بتلفه... فإن تلف المبيع بآفة سماوية انفسخ البيع، لتعذر قبضه المستحق كالتفرق قبله في الصرف، وسقط الثمن إن كان في الذمة)[٢].

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٣٨، وانظر مختصر الطحاوي (٧٨) ودرر الحكام ١/٢٧٥ مادة «٢٩٣».

(٢) مغني المحتاج ٢/٦٥ – ٦٦، وانظر نهاية المحتاج ٤/٧٧ – ٧٨، وروضة الطالبين ٣/١٥٥.

وفي مختصر الخرقي : (وإذا وقع البيع على مكيل أو موزون أو معدود فتلف قبل قبضه فهو من مال البائع، وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض)[١]. قال ابن قدامة: (إذا ثبت هذا فإنه إن تلف المبيع من ذلك قبل قبضه بآفة سماوية بطل العقد، ورجع المشتري بالثمن)[٢].

هذه نقولات الفقهاء في أن الجائحة إذا أصابت المبيع قبل قبضه فإن العقد ينفسخ، فهلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع، إلا أن الحنابلة يفرقون بين المكيلات والموزونات والمعدودات وبين غيرها، فيرون الحكم نفسه في المكيلات والموزونات والمعدودات، أما في ما عداها فلا ينفسخ العقد، فإن تلف فهو من مال المشتري كما قال ابن قدامة (ماعدا المكيل والموزون والمعدود فإنه يدخل في ضمان المشتري قبل قبضه)[٣].

أما المالكية فيرون أن الضمان ينتقل إلى المشتري بنفس العقد، لكنهم يستثنون من ذلك بعض المواضع ومنها ما بيع من الثمار قبل كمال طيبه[٤]، ومع ذلك فهم يقولون: إن كان في المبيع حق توفية من كيل أو وزن أو عدد فلا ينفسخ العقد، والضمان يكون من البائع[٥].

هذا هو حاصل كلام الفقهاء ، ومحصله انفساخ البيع إذا تلف المبيع قبل قبضه بسبب جائحة، عند جمهور الفقهاء، ويسقط الثمن عن المشتري، ويمكن أن يستدل لهم بحديث «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم

---

(١) مختصر الخرقي (١١٥).

(٢) المغني ٤/٨٩.

(٣) المغني ٤/٨٩ .

(٤) القوانين ٢٧٣ .

(٥) المعونة ٢/٩٧٣.

يضمن»[١].

والمقصود بربح ما لم يضمن : ما بيع قبل القبض، والمبيع قبل قبض المشتري في ضمان البائع، ولأنه لو بقي أوجب مطالبة المشتري بالثمن، وإذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع، وأنه عاجز عن التسليم، فتمتنع المطالبة أصلا، فلم يكن في بقاء البيع فائدة فلذلك انفسخ، وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري لأن انفساخ البيع ارتفاعه من الأصل كأن لم يكن[٢].

ثانياً : إذا وقعت الجائحة بعد قبض المبيع قبضا تاماً، فتلف المبيع، لا ينفسخ البيع باتفاق الفقهاء في الجملة، والهلاك يكون على المشتري وعليه الثمن.

قال الكاساني : (فأما إذا هلك - أي المبيع - كله بعد القبض ، فإن هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري لا ينفسخ البيع، والهلاك على المشتري وعليه الثمن، لأن البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن)[٣].

وفي القوانين : (في ضمان المبيع : أما بعد قبضه فضمانه من المشتري وخسارته منه باتفاق)[٤] ثم ذكر ابن جزي بعض الاستثناءات من ذلك.

وهذا لا خلاف فيه في الجملة أن الضمان على المشتري، لأنه قبض المبيع قبضاً تاماً، واستقر في ملكه، فلا ينفسخ البيع، بل على المشتري الثمن.

---

(١) أخرجه أبو داود ٣/٧٦٩ في البيوع باب في الرجل يبيع ما ليس عنده رقم (٣٥٠٤) والترمذي ٣/٥٣٥ في البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك رقم الحديث (١٢٣٤) وابن ماجة ٢/٧٣٧ في التجارات باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن رقم الحديث (٢١٨٨) وصححه الترمذي.

(٢) انظر بدائع الصائع ٥/٢٣٨.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢٣٩.

(٤) القوانين (٢٧٢) وانظر جواهر الإكليل ٢/٥١.

وإنما الخلاف واقع في ماهية القبض وخصوصاً في الثمار هل هو بالتخلية أو بنفس العقد وغيرها من المسائل التي سبق ذكرها.

ثالثاً : إذا أصابت الجائحة المبيع قبل قبضه فتعيب المبيع، خير المشتري بين الفسخ والامضاء باتفاق.

ففي جواهر الإكليل : (خير المشتري إن غيب ... أو عيب المبيع وقت ضمانه من بائعه، فيخير مبتاعه بين التمسك به بجميع ثمنه ولا أرش له، ورده والرجوع بجميع ثمنه)(١).

وفي التاج والإكليل : (وإن تعيب المبيع بآفة سماوية فللمبتاع الخيار)(٢).

وقال الشربيني الخطيب : (ولو تعيب المبيع بآفة سماوية قبل القبض فرضيه بأن أجاز البيع، أخذه بكل الثمن، كما لو كان العيب مقارناً، ولا أرش له، لقدرته على الفسخ)(٣).

ويذكر ابن قدامة هذه المسألة وهي أن المبيع إذا تعيب في يد البائع أو تلف بعضه بأمر سماوي، فإن للمشتري الخيار، إما بقبوله ناقصاً ولا شيء له، وإما بفسخ العقد، والرجوع بالثمن، ودليل ذلك أنه إن رضيه معيباً فكأنه اشترى معيباً هو عالم بعيبه فلا يستحق شيئاً من أجل العيب، وإن فسخ العقد لم يكن له أكثر من الثمن، لأنه لو تلف المبيع كله لم يكن له أكثر من الثمن، فإذا تعيب أو تلف بعضه كان أولى(٤).

رابعا : إذا أصابت الجائحة الثمرة المبيعة بعد بدو صلاحها قبل أوان

---

(١) جواهر الإكليل ٥٢/٢.

(٢) التاج والإكليل ٤٧٩/٤.

(٣) مغني المحتاج ٦٨/٢.

(٤) المغني ٨٩/٤، وانظر حاشية ابن عابدين ٤٦/٤.

الجذاذ، وقد حصلت التخلية من البائع، فتلفت الثمرة، فإن العقد ينفسخ عند من يقول بوضع الجائحة، ولا ينفسخ عند من لا يقول بوضع الجائحة كما سبق بيانه في مسألة حكم وضع الجوائح.

المطلب الثاني
أثر الجائحة في فسخ عقد الإجارة

ذكرنا في المطلب السابق أثر الجائحة في فسخ عقد البيع، وبينا أثرها إذا أصابت المبيع قبل قبضه، وبعد قبضه، وعند تعيبه قبل القبض، ونذكر في هذا المطلب أثر الجائحة في فسخ عقد الإجارة، فقد تصيب الجائحة العين المؤجرة أو منفعتها، وقد تعيبها وقد تتلفها، ويختلف ذلك باختلاف الجائحة، واختلاف المحل الذي وقعت عليه الجائحة، فهل لذلك تأثير في فسخ العقد من عدمه؟

هناك اتفاق واختلاف بين الفقهاء في هذه المسائل.

أولاً : لا خلاف بين الفقهاء في أن الجائحة إذا أصابت العين المؤجرة فأتلفتها وتعذرت منفعتها أن عقد الإجارة ينفسخ، مثل انهدام الدار المؤجرة، وتحطم السفينة المؤجرة، وموت الدابة أو العبد المستأجر، ونحوها من الأمثلة، والعلة في ذلك زوال المنفعة بتلف المعقود عليه.

قال البهوتي : (وتنفسخ الإجارة بتلف محل معقود عليه، كدابة أو عبد مات أو دار انهدمت قبضها المستأجر أو لا، لزوال المنفعة بتلف المعقود عليه)(١).

وفي القوانين : (في فسخ الكراء والإجارة . ويوجب الفسخ وجود عيبه ، أو ذهاب محل المنفعة كانهدام الداركلها وغصبها)(٢).

وهذا محل اتفاق بين الفقهاء لأن المقصود من الإجارة هو المنافع المعقود عليها، فإذا تلفت بالجائحة فات المقصود منها قبل القبض، فأصبحت كهلاك المبيع

---

(١) شرح منتهى الإرادات ٣٧٢/٢ ، وانظر المغني ٢٧٥/٥.

(٢) القوانين (٣٠٤) وانظر المحلى ١٨٧/٨.

قبل قبضه يفسخ به العقد.

ثانياً : يتفق الفقهاء على أن الجائحة إذا أصابت المعقود عليه فعيبته أو انقصت المنفعة، مما يخل بالانتفاع بالمعقود عليه ويفوت المقصود بالعقد مع بقاء العين، فإنه يثبت حق الفسخ للمستأجر، لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً، فإذا حدث العيب فقد وجد قبل قبض الباقي من المعقود عليه، فأثبت الفسخ فيما بقي منها[١].

يوضح ذلك ابن قدامة بقوله : (وإذا اكترى عيناً فوجد بها عيباً لم يكن علم به فله فسخ العقد بغير خلاف نعلمه... ومتى فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين، وإن رضي المقام ولم يفسخ لزمه جميع العوض لأنه رضي به ناقصاً، فأشبه ما لو رضي بالمبيع معيباً)[٢].

ثالثاً : إذا وقعت جوائح عامة وعمت مجموعة من الناس كأهل منطقة أو بلدة فمنعت استيفاء المنفعة المعقود عليها فهل يحق للمستأجر فسخ عقد الإجارة؟

وهذه الجوائح العامة لم تعطل المنفعة نفسها، وإنما منعت المستأجر من استيفاء المنفعة المعقود عليها، كحدوث خوف عام في مكان العين المستأجرة يمنع من سكنى ذلك المكان، أو أن تحصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك.

والحكم في ذلك عند جمهور الفقهاء هو ثبوت حق الفسخ للمستأجر، لأن هذه الجوائح أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فثبت له الخيار قياساً على غصب العين حيث يثبت الخيار لصاحب العين فكذلك هنا.

---

(١) كشاف القناع ٣١/٤، وانظر المهذب ٤٠٥/١.

(٢) المغني ٢٦٤/٥ - ٢٦٥.

ومثله أيضا ما لو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث، أو اكترى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق، فخيار الفسخ ثابت لتعذر استيفاء المنفعة(١).

وفي المحلى : (إن اضطر المستأجر إلى الرحيل عن البلد أو اضطر المؤاجر إلى ذلك فإن الإجارة تنفسخ إذا كان في بقائها ضرر على أحدهما كمرض مانع أو خوف مانع، أو غير ذلك لقول الله تعالى : «وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه»(٢). وقال تعالى: «وما جعل عليكم في الدين من حرج»(٣). ثم ذكر أثر قتادة الذي أخرجه عبدالرزاق(٤) فيمن اكترى دابة إلى أرض معلومة فأبى أن يخرج، (قال قتادة: إذا حدث نازلة يعذر بها لم يلزمه الكراء)(٥).

هذا هو قول جمهور الفقهاء في اعتبار الجوائح العامة سبباً لفسخ عقد الإجارة وذلك لعدم تمكن المستأجر من استيفاء العين المؤجرة(٦).

وخالفهم في ذلك الشافعية فقالوا : لا تنفسخ الإجارة بالجوائح العامة، فلا يثبت للمستأجر حق الفسخ لأن ذلك لم يوجب خللاً في المعقود عليه، وإنما يثبت خيار الفسخ في حال وجود خلل في المعقود عليه.

والحقيقة أن قول الجمهور واضح الدلالة في أن كل معنى يطرأ ويحدث

---

(١) انظر المغني ٥/٢٦٤ ، والمبدع ٥/١٠٥.

(٢) سورة الأنعام آية ١١٩ .

(٣) سورة الحج آية ٧٨ .

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٨/٢١٦، في كتاب البيوع باب الرجل يكترى على الشيء المجهول رقم الحديث (١٤٩٤٢).

(٥) المحلى ٨/١٨٧.

(٦) انظر درر الحكام ١/٤٨٨.

بسببه منع استيفاء المنفعة فهو مثبت للفسخ[١]، لأن المقصود من الإجارة استيفاء المنفعة المعقود عليها.

رابعاً: إذا وقعت جوائح خاصة فأصابت أحد المتعاقدين في بدنه أو ماله، كموت أحدهما أو حدوث ضرر بأحدهما أو بمالهما أو بالمستأجر ونحو ذلك، فهل تفسخ الإجارة بهذه الأعذار؟.

يرى جمهور الفقهاء عدم فسخ الإجارة بهذه الجوائح الخاصة إلا فيما يؤدي إلى ذهاب محل استيفاء المنفعة المعقود عليها.

ودليلهم في ذلك أن الله تعالى أمر بالإيفاء بالعقود فقال عز وجل: «ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود»[٢]، والإجارة تعتبر عقداً على منافع مثل النكاح، فلا تفسخ بهذه الأعذار[٣].

ثم إن الإجارة أحد نوعي البيع، فيكون العقد لازماً، إذ العقد انعقد باتفاق المتعاقدين فلا ينفسخ إلا باتفاقهما، والمعروف أن العقود اللازمة لا تنفسخ إلا بوجود عيب، أو بذهاب محل استيفاء المنفعة المعقود عليها[٤].

ويعلل النووي بهذه العلة وهي عدم فسخ الإجارة بالعذر إلا بوجود خلل في المعقود عليه فيقول: (لا تنفسخ الإجارة بالأعذار سواء كانت إجارة عين أو ذمة، وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر فمرض، أو حانوتاً لحرفة فندم، أو هلكت آلات الحرفة، أو حماما فتعذر الوقود، وكذا لو كان العذر للمؤجر بأن مرض وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره وأهله مسافرون، فعادوا واحتاج إلى الدار، أو

---

(١) المعونة ١٠٩٣/٢.

(٢) سورة المائدة آية ١.

(٣) بداية المجتهد ٢٧٥/٢.

(٤) انظر المهذب ٤٠٥/١، ومغني المحتاج ٣٥٥/٢.

تأهل، فلا فسخ في شيء منها، إذ لا خلل في المعقود عليه)[١].

وكذلك يذكر الحنابلة أنه لا يجوز فسخ عقد الإجارة مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر، فلم يجز لعذر في غير المعقود عليه تشبيها بالبيع، ومثلوا له بمن يكترى للحج فتضيع نفقته، أو يكتري دكاناً يبيع فيه متاعه فيحترق متاعه[٢].

أما الحنفية فيرون فسخ الإجارة بالأعذار ، فإذا حدث ضرر لأحد المتعاقدين أو بالمستأجر فللمتضرر الفسخ، ودليلهم في ذلك أن الشريعة تسعى للرفق بالناس ورفع الحرج والمشقة عنهم، فلذلك ثبت حق الفسخ لأن الحاجة تدعو لذلك عند وجود العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلزمه بالعقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً عن التزام الضرر[٣].

ولهم في ذلك قاعدة وهي أن الأصل أنه متى تحقق عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر يلحقه، وهو لم يرض به يكون عذراً تفسخ به الإجارة دفعاً للضرر[٤].

وقالوا : كل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعاً ولكن يلحقه نوع ضرر، يحتاج فيه إلى الفسخ[٥].

والذي يظهر من كلام الحنفية التوسع في الأعذار حتى ولو أدى ذلك إلى ضرر يلحق بأحد المتعاقدين ، فمثلاً يذكر بعض الأحناف أنه لو استأجر رجلاً

---

(١) روضة الطالبين ٤/٣٠٩.

(٢) المغني ٥/٢٦٠، والمبدع ٥/١٠٥.

(٣) بدائع الصنائع ٤/١٩٧.

(٤) الاختيار ١/٣٠٥.

(٥) الفتاوي الهندية ٤/٤٥٨.

ليقصر له ثياباً أو ليقطعها أو يخيطها ، ثم بدا له أن لا يفعل ، فله أن يفسخ الإجارة ولا يجبر على شيء، وهذا لا شك فيه ضرر واضح على الخياط الذي تكلف باحضار عدة الخياطة وتفرغ لها، وقد يكون ذلك على حساب بعض أعماله وأشغاله.

فلذلك كان قول الجمهور هو الأصوب حيث لا تفسخ الإجارة إلا بالعذر الذي يمنع استيفاء المنفعة المعقود عليها، والذي يكون فيه خلل في المعقود عليه تنقص به المنفعة.

ونختم هذا الفصل بكلام ماتع لابن تيمية حول الموضوع فيقول: (وأما الجوائح في الإجارة فنقول: لا نزاع بين الأئمة أن منافع الإجارة إذا تعطلت قبل التمكن من استيفائها سقطت الإجرة ، لم يتنازعوا في ذلك كما تنازعوا في تلف الثمرة المبيعة، لأن الثمرة هناك قد يقولون: قبضت بالتخلية، وأما المنفعة التي لم توجد فلم تقبض بحال، ولهذا نقل الإجماع على أن العين المؤجرة إذا تلفت قبل قبضها بطلت الإجارة، وكذلك إذا تلفت عقب قبضها وقبل التمكن من الانتفاع... لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه، فأشبه تلف المبيع بعد القبض، جعلاً لقبض العين قبضاً للمنفعة).

وقال أيضا : (فإن جاء أمر غالب يحجر المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الأجرة بمقدار مدة انتفاعه).

وقال : (ولا خلاف بين الأمة أن تعطل المنفعة بأمر سماوي يوجب سقوط الأجرة، أو نقصها ، أو الفسخ، وإن لم يكن للمستأجر فيه صنع كموت الدابة، وانهدام الدار، وانقطاع ماء السماء، فكذلك حدوث الغرق، وغيره من الآفات المانعة من كمال الانتفاع بالزرع). ثم بين ذلك بأن (المعقود عليه حصول منفعة الأرض للبناء والغراس والزرع، لا مجرد عمل الباني الغارس الزارع الذي هو حق نفسه، كيف يكون حق نفسه هو الذي بذل الأجرة في مقابلته؟ وإنما يبذل الأجرة فيما

يصل إليه من منفعة العين المؤجرة ، لا فيما هو له من عمل نفسه ، فإن شراء حقه بحقه محال.

وإذا كان المعقود عليه نفس منفعة العين من أول المدة إلى آخرها فأي وقت نقصت فيه هذه المنفعة: بنقص ماء وانقطاعه، أو بزيادته وتغريقه، أو حدوث جراد أو برد أو حر أو ثلج، ونحو ذلك مما يكون خارجاً عن العادة ومانعاً من المنفعة المعتادة ، فإن ذلك يمنع المنفعة المستحقة المعقود عليها ، فيجب أن يملك الفسخ، أو يسقط من الأجرة بقدر ما فات من المنفعة، كانقطاع الماء، وليس بين انقطاع الماء وزيادته، وسائر الموانع فرق يصلح لافتراق الحكم)[1].

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٠/٢٨٨ – ٢٩٨.

الباب الثالث

الصلة بين الجوائح ونظريتي الضرورة والظروف الطارئة

أبين في هذا الباب صلة مبدأ الجوائح بنظريتين إحداهما فقهية وهي نظرية الضرورة الشرعية ، والأخرى قانونية وهي نظرية الظروف الطارئة، ولاشك أن هناك ارتباطا وثيق الصلة بين مبدأ الجوائح وبين هاتين النظريتين كل على حدة، وسأبين ذلك في الفصلين الآتيين :

الفصل الأول : الصلة بين الجوائح ونظرية الضرورة

الفصل الثاني : الصلة بين الجوائح ونظرية الظروف الطارئة

الفصل الأول

الصلة بين الجوائح ونظرية الضرورة الشرعية

لنظرية الضرورة الشرعية صلة واضحة بينة بمبدأ وضع الجوائح وتتبين هذه الصلة باشتراكهما في القواعد الناظمة لأحكامهما وسبب كل منهما والأساس الذي بني عليهما ، ويتضح ذلك في المباحث الآتية :

المبحث الأول : الجائحة سبب للضرورة .

المبحث الثاني : القواعد الفقهية الناظمة لأحكامهما .

المبحث الثالث : الأساس الذي بني عليهما واحد .

المبحث الرابع : خلاصة هذا الفصل .

المبحث الأول
الجائحة سبب للضرورة

سبق أن ذكرنا في التمهيد تعريف نظرية الضرورة الشرعية، وبينا ما فيها من أحكام وشروط وصور وتطبيقات، ويمكننا القول بعد ذاك العرض بأن نظرية الضرورة الشرعية نظرية فسيحة المدى ، خصبة النتائج تتسع لكثير من النظريات والمبادىء الشرعية، ومن هذه المبادىء مبدأ وضع الجوائح، إذ أنه مثال تطبيقي واضح لنظرية الضرورة الشرعية.

فالشريعة الإسلامية تسعى للرفق بالناس، ورفع الحرج والمشقة عنهم، وتدعو إلى التيسير وعدم التعسير، ولذلك أجاز كثير من الفقهاء وضع الجوائح، واعتبروا ذلك من آثار الضرورة ، واعتبروا الجائحة سبباً للضرورة، فإن في إلزام المشتري بالبيع بعد هلاك المبيع أو نقصانه دون تفريط منه ضرر بالغ عليه، ومشقة وحرج ظاهرين، وهو محتاج لدفع هذا الضرر عنه ومضطر لذلك، فشرع وضع الجائحة عنه، لأن الضرورة والحاجة تدعو إلى ذلك عند قيام العذر وهو وجود الجائحة المهلكة أو المنقصة للمبيع.

ولأننا لو قلنا بلزوم العقد وتحمل المشتري ما نتج عن الجائحة من هلاك المبيع أو نقصه للزم المشتري ضرر لم يلزمه العقد، فكان هذا التحمل من المشتري امتناعا من التزام الضرر.

وإذا نظرنا إلى المبادىء التي تقوم عليها نظرية الضرورة لوجدنا الصلة ظاهرة بينها وبين مبدأ وضع الجوائح.

١ - فمن هذه المبادىء مبدأ تغليب روح الخير والرحمة والمساعدة ، وهذا المبدأ يعتبر من الأصول المحكمة في الدين الإسلامي في كل شأن من شئون

الحياة.

وهذا المبدأ أصل من أصول نظرية الضرورة في المعاملات في الفقه الإسلامي، ومثاله النفقة على الصغير، ورعاية الضعيف، واستنقاذ مال الغير، والنفقة على اللقطة، وعلى اللقيط، وجميع التطبيقات التي تمنح الشخص الولاية على التصرف حماية لمصلحة الغير، وكلها تطبيقات عملية تدل على مبدأ روح الخير والمساعدة في التشريع الإسلامي(١).

وهذا الأصل كما هو ظاهر في تطبيقات نظرية الضرورة فهو ظاهر أيضا في مبدأ وضع الجوائح، حيث توضع الجائحة عن المشتري بقدر ما أهلكته الجائحة أو أنقصته مراعاة لحق المشتري وتغليباً لروح الخير والمساعدة إذ أن المشتري يتضرر ضرراً بالغاً بسبب وقوع الجائحة على سلعته التي اشتراها وأنفق من أجلها الشيء الكثير من ماله وما يملك، فبتعويضه ووضع الجائحة عنه يتحقق هذا المبدأ العظيم مبدأ الرحمة والخير ومساعدة المحتاج.

٢ - ومن هذه المبادىء أيضا مبدأ تحقيق العدالة والإنصاف والبعد عن الظلم، فمن أهم مقاصد الإسلام ومبادئه: تحقيق العدالة ورفع الظلم بين الأفراد والتزام العدل والتوسط في الأمور كلها كما قال تعالى: «وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس»(٢) أي جعلناكم أمة عدلاً، وكما يذكر الشاطبي أن الشريعة جارية في التكليف بمقتضاها على الطريق الوسط الأعدل، الآخذ من الطرفين بقسط لا ميل فيه، الداخل تحت كسب العبد من غير مشقة عليه ولا انحلال، بل هو تكليف جار على موازنة تقتضي في جميع المكلفين غاية الاعتدال كتكاليف الصلاة والصيام والحج والجهاد والزكاة وغير ذلك مما شرع ابتداء على

---

(١) الضرورة في المعاملات في الفقه الإسلامي د. عبد العزيز أبو غنيمة (٤٠٠).

(٢) سورة البقرة : آية ١٤٣.

غير سبب ظاهر اقتضى ذلك، أو لسبب يرجع إلى عدم العلم بطريق العمل، فإن كان التشريع لأجل انحراف المكلف، أو وجود مظنة انحرافه عن الوسط إلى أحد الطرفين، كان التشريع راداً إلى الوسط الأعدل، لكن على وجه يميل فيه إلى الجانب الآخر ليحصل الاعتدال فيه[١].

وهذا المبدأ أصل من أصول نظرية الضرورة الشرعية ، وأساسه القرآن الكريم، ففيه المطالبة الواضحة بالتزام العدل في كل شيء، ومن كل شخص، وفي كل مجال وحال، قال تعالى: «إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي»[٢]. وقال تعالى: «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل»[٣]. وقال عز وجل: «يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين»[٤].

وكل هذه الآيات قاضية وآمرة بالعدل والتوسط في الأمور[٥]، ولذلك دعت الشريعة إلى ذلك كله، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، ومن المصلحة إلى المفسدة، ومن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم أتم دلالة وأصدقها، فالشريعة

---

(١) الموافقات ٢/١٦٣ .

(٢) سورة النحل : آية ٩٠ .

(٣) سورة النساء : آية ٥٨.

(٤) سورة النساء : آية ١٣٥.

(٥) انظر نظرية الضرورة للزحيلي (٤٤).

التي بعث الله بها رسول الله صلى الله عليه وسلم هي عمود العالم، وقطب الفلاح والسعادة في الدنيا والآخرة[١].

هذا المبدأ الذي دعت إليه الشريعة، كما أنه أساس لنظرية الضرورة الشرعية، فهو أساس لمبدأ وضع الجوائح، إذ فيه العدل بين المتبايعين البائع والمشتري دون ظلم لأحد منهما، بل فيه مراعاة لحق الطرفين دون تغليب حق طرف على الآخر، فكلا الطرفين يأخذ حقه دون ظلم وجور، بل بعدل وتسوية.

لننظر أولاً في حق المشتري وكيف أن وضع الجائحة عنه هو عين العدل وإحقاق الحق، فإن المشتري قد دفع ثمن السلعة المبيعة، رغبة في هذه السلعة، وقد يكون تكبد المشاق في سبيل الحصول على ثمن هذه السلعة، مع رغبته الشديدة لتملك هذه السلعة، فإذا أصيبت سلعته بجائحة مهلكة أو منقصة للمبيع وهو لم يتسلم المبيع ولم يقبضه القبض التام الذي يوجب نقل الضمان إليه، ولم يكن مفرطاً في تسلم المبيع، فكيف يحل للبائع إلزامه بثمن ما أتلفه الله عز وجل قبل التمكن من القبض المعتاد، أليس هذا من الظلم للمشتري؟ ومن تضييع حقه الذي يستحقه، ولذلك وضح ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم عند سؤاله عن الجائحة التي تصيب الثمار بقوله: «أرأيت إن منع الله الثمرة؟ فبم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق»[٢] فجعل أخذ البائع المال من المشتري بعد هلاك المبيع بالجائحة أخذاً بغير حق وظلماً وبعداً عن العدل، وتوضيح ذلك هو أن المشتري لم يتمكن من قبض السلعة المبيعة التمكن المعتاد الذي يجعل الضمان عليه، فعدم تمكنه من قبض السلعة المبيعة يجعل الضمان على البائع الذي مازالت عُلقه لم تنقطع عن المبيع، لأن عليه سقي الأصل وتعاهده ، فكان الضمان عليه، وهذا هو

---

(١) إعلام الموقعين (٣/٣).

(٢) تقدم تخريجه ص ٩٨ .

العدل والقسط الذي تقوم به السماء والأرض.

هذا من جانب المشتري، وإذا نظرنا في جانب البائع فإنه في الحقيقة لم يقع عليه ظلم أو جور، بل العدل موجود أيضا في حقه من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول : أنه لو أصابت الجائحة ثماره قبل أن يبيعها فإنه يتحمل ذلك مطلقاً ولا يحل له أن يلزم أحداً بتعويضه عن تلف ثماره الهالكة بسبب الجائحة التي هي من فعل الله سبحانه وتعالى. بينما الحال مختلف في مسألة وضع الجائحة، إذ أن الجائحة إذا أصابت الثمار بعد بيعها من قبل البائع وقبل أن يتمكن المشتري من قبضها القبض المعتاد ، فإن على البائع أن يعوض المشتري ثمن ما أتلفته أو أنقصته الجائحة مع احتفاظه بالحق الباقي، فلو أتلفت الجائحة ربع الثمار أو جزءاً منها فإن البائع.يعوض المشتري ثمن النقص الحاصل من هذا الإتلاف، لكن لو أصابت الجائحة المبيع قبل البيع فماذا يكون للبائع؟ ليس له شيء بل هو يتحمل الخسارة الكاملة.

الوجه الثاني : أن المشتري لو فرط أو تأخر عن تسلم سلعته المبيعة فتلفت بسبب الجائحة فليس له شيء ولا توضع الجائحة عنه، ولا يستحق التعويض، وفي هذا حفظ لمال البائع، ودفع للظلم عنه، وتحقيق للعدل له.

الوجه الثالث : أن البائع مأمور بحفظ سلعته ومراعاتها وتعاهدها حتى يسلمها تسليما كاملاً للمشتري وهو يعلم ذلك، ويعلم أنه مطالب بالضمان في حال التلف لأن السلعة لم تنتقل لملك المشتري الانتقال الموجب للضمان، فهل من الظلم أن يطالب بالضمان في حال تلف المبيع وهو مازال في قبضته وتحت ضمانه؟.

٣ - ومن هذه المبادئ أيضا مبدأ التكافل والتضامن بين أفراد المجتمع، وهذا المبدأ من أهم الأصول التي تقوم عليها نظرية الضرورة الشرعية في

المعاملات، فالتشريع الإسلامي يقيم الروابط بين الناس على أساس التضامن والتكافل ولا يبيح الإضرار بالغير.

وهذا المبدأ يظهر أثره دائما في جميع تطبيقات الضرورة، سواء أكانت تهدف إلى تحقيق مصلحة مشتركة أو بقصد تحقيق مصلحة الغير لغيابه أو لعجزه فعلاً أو شرعاً(١).

وكذا الحال في مبدأ وضع الجوائح ففيه يظهر التكافل والتضامن واضحاً جليا بين المتبايعين، حيث يعوض البائع أخاه المشتري ما أصاب المبيع من الجائحة مما تسبب في تلفها أو تعييبها.

ولذلك نرى ذلك حتى عند من لا يوجبون وضع الجائحة حينما يستدلون بحديث عائشة رضي الله عنه في الرجل الذي ابتاع من رجل ثمرة فأصيب فيها فسأل البائع أن يحطه شيئا شيئاً ، فحلف بالله لا يفعل، فأتت أمه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «تألى أن لا يفعل خيراً»(٢).

فهم يقولون بعدم وجوب الجائحة لأن النبي صلى الله عليه وسلم أخرج الحط عن المشتري مخرج الخير والفضل لا مخرج الحكم والوجوب وهذا يدل على الاستحباب .

ففيه إشارة واضحة إلى مبدأ التكافل والتسامح بين المتبايعين، حيث غضب النبي صلى الله عليه وسلم على من لم يتسامح مع أخيه في المبيع ولم يحط عنه شيئاً من المبيع بسبب ما أتلفته الجائحة، مما يدل على أنه ينبغي أن يسود جو الحب والمودة والتسامح والتكامل بين المتبايعين، وهذا الذي يسبب البركة في البيع

---

(١) الضرورة في المعاملات (٤٠١).

(٢) تقدم تخريجه ص٣٠٣ .

كما صح ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركت بيعهما»(١).

فالبركة في البيع إنما تكون بالصدق والتبيين وهذا من معاني السماحة والتكافل والتضامن الذي هو أصل عظيم من أصول هذه الشريعة السمحة.

---

(١) أخرجه البخاري ٢/٨٢ في كتاب البيوع باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا. رقم الحديث (٢٠٧٩)، ومسلم ٣/١١٦٤ في كتاب البيوع باب الصدق في البيع والبيان. رقم الحديث (١٥٣٢).

المبحث الثاني
القواعد الناظمة لأحكامهما

ذكرنا في التمهيد أن هناك قواعد متعلقة بالضرورة تبين مجالات الضرورة وحالاتها مع ضرب أمثلة وصور تطبيقية موضحة لمعنى النظرية، ولاشك في أن هذه القواعد ناظمة لأحكام نظرية الضرورة الشرعية، وهناك ارتباط وثيق وصلة ظاهرة بين القواعد الناظمة لأحكام نظرية الضرورة الشرعية، والقواعد الناظمة لمبدأ وضع الجوائح، وسأعرض جانباً من هذه القواعد مبينا وجه الصلة بين نظرية الضرورة ومبدأ وضع الجوائح من خلال هذه القواعد.

أولا : قاعدة « المشقة تجلب التيسير » :

هذه القاعدة من قواعد نظرية الضرورة وأصل من أصول الشريعة كما سبق ذكر ذلك، وهي تقوم على رفع الحرج والمشقة عن المكلفين، والتيسير عليهم وعدم التشديد، فالصعوبة والعناء والشدة التي يجدها المكلف في تنفيذ الحكم الشرعي تصير سبباً شرعياً صحيحاً للتسهيل والتيسير والتخفيف(١).

هذا هو معنى القاعدة، والتي تدعو صراحة إلى التيسير ورفع الحرج، وإن المتتبع للتشريع الإسلامي بمختلف جوانبه يجده واضحاً جلياً في هذه الميزة، فاليسر ظاهر والحرج مرفوع، فلا مشقة تعجز المكلفين عن أداء المطلوب منهم، فلا تكلف نفس إلا وسعها.

والمتفحص للتشريعات الإسلامية يجد آثار ومظاهر هذه الخاصية في مختلف

---

(١) انظر ص ٤٧ .

نواحيها، فقلة التكاليف، أو عدم المؤاخذة في الظروف الاستثنائية وحالات الضرورة، والحرج والمشقة، ومراعاة أعذار المعذورين ، كل ذلك يدل بوضوح على يسر الشريعة ورفع المشقة والحرج.

فليس القصد من التشريع إيقاع الحرج بالناس والتشديد عليهم، وإنما هو تحقيق مصالحهم في الدارين ضمن حدود فطرتهم، فلا يكلف الإنسان إلا وسعه لكي لا يكون له أي عذر أو حجة في التخلي عن أمر شرعي أو فعل محظور[١].

كل هذه المعاني انتظمتها نظرية الضرورة الشرعية، ويتضح ذلك من خلال أمثلتها التي تتناول أحوال الانسان في حياته، والتي تبين أن الحرج والعناء مرفوع عن المكلف حال الضرورة أو المشقة أو الكلفة.

فالمضطر يأكل الميتة لحفظ حياته من الهلاك، والمريض تسقط عنه الجمعة والجماعة والصوم والحج والجهاد بسبب عذر المرض، ومن به عذر من أذى أو مرض أبيح له فعل محظورات الإحرام حال إحرامه.

كل هذه الأمثلة وغيرها كثير يوضح لنا قاعدة التيسير على المكلف التي هي أصل تقوم عليه نظرية الضرورة الشرعية.

وإذا نظرنا إلى مبدأ وضع الجوائح فإننا نجد هذا المعنى واضحاً جلياً، إذ أن التيسير على المكلف أصل أصيل من أصول هذا المبدأ ، ولم توضع الجائحة إلا للتيسير ورفع الحرج عن المكلف.

فإن المشتري متضرر بما تسببته الجائحة من إهلاك أو تعييب سلعته المشتراه، وهو واقع في حرج شديد بسبب ذلك، ويزيد ذلك حرجاً إذا كان المشتري فقيراً معدماً ، ضحى بما عنده من جهد ومال في سبيل حيازة هذه الثمرة مثلاً، يستخدمها للتفكه والاقتيات، فإذا أتلفت الجائحة ثمرته وقع في حرج،

---

(٢) التحرير في قاعدة « المشقة تجلب التيسير » للدكتور الزبياري (١٥- ١٦).

ولم يتحقق هدفه في الاقتيات والتفكه، وقد يؤدي ذلك إلى ديون متراكمة يتحملها بسبب الخسارة، فوضع الجائحة عنه، وتعويضه نقص ما تلف من الثمرة بسبب الجائحة هو عين التيسير والتسهيل عليه، ورفع الحرج عنه، وهو ضمان لعود الثمن إليه، وحفظ من غلبة الدين والفقر المهلك، فكان هذا المبدأ ، مبدأ وضع الجوائح خير مثال وأوضح برهان لقاعدة المشقة تجلب التيسير، لما تضمنه من تيسير على المشتري ورفع الحرج عنه وإعطائه حقه ومستحقه، فإن المشقة التي حصلت له من جراء وقوع الجائحة على ماله جلبت له التيسير والتسهيل وأرجعت له حقه وضمنت له سلعته.

وهذا المبدأ أيضاً هو خير مثال للقاعدة المندرجة تحت قاعدة المشقة تجلب التيسير وهي قاعدة «إذا ضاق الأمر اتسع» التي روي لفظها عن الإمام الشافعي(١)، وقال عنها ابن أبي هريرة:(٢) (وضعت الأشياء في الأصول على أنها إذا ضاقت اتسعت وإذا اتسعت ضاقت)(٣).

فكلما طرأت مشقة أو حادث طارئ وتضايق الناس، كلما اتسع الأمر ورفع الحرج عن المكلف ودُفعت المشقة عنه، وهذا ظاهر في مسألة وضع الجوائح حيث يشعر المشتري بحرج وضيق تجاه ما أصاب سلعته من حادث طارئ لم يكن في الحسبان وهو الجائحة، فيتسع الأمر في حقه ويرفع عنه الحرج بتعويضه ووضع الجائحة عنه.

---

(١) المنثور ١/١٢٠ ، والأشباه والنظائر للسيوطي (٨٣).

(٢) هو الحسن بن الحسين البغدادي أحد أئمة الشافعية . تفقه بابن سريج ثم بأبي إسحاق المروزي وصحبه إلى مصر ثم عاد إلى بغداد، وكان معظماً من السلاطين ممن دونها، وله مسائل في الفروع ودرس ببغداد وتخرج به خلق كثير وانتهت إليه رئاسة المذهب . توفي في رجب سنة ٣٤٥هـ.

[شذرات الذهب ٢/٣٧٠، سير أعلام النبلاء ١٥/٤٣٠] .

(٣) المنثور ١/١٢٢ ، والأشباه والنظائر للسيوطي (٨٣).

ثانيا : قاعدة « الضرر يزال » :

هذه القاعدة من أهم القواعد وأجلها شأنا في الفقه الإسلامي، ولها تطبيقات واسعة في مختلف المجالات الفقهية، وهي أساس لمنع الفعل الضار وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة.

وهي من أهم القواعد التي تبنى عليها نظرية الضرورة الشرعية، والمتتبع للفقه الإسلامي يدرك أن كل ما انتهى إليه هذا الفقه من أحكام في مختلف جوانب الحياة يرجع إلى هذا الأصل الكلي وهو نفي الضرر، فدفع الإضرار مقرر تشريعي يصدر عنه هذا الفقه، لأن صيانة الانسان عن إنزال الضرر به وإيلامه بأي وجه من وجوه الإيلام أصل ثابت في الإسلام.

ثم إن هذا الأصل يؤلف نظاماً موضوعياً لهذا المفهوم الحقوقي: مفهوم عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه في دينه، أو نفسه، أو عقله، أو عرضه، أو ماله، وذلك بالمنع من الضرر ابتداء، بكل طرق الوقاية، والحكم برفعه بعد الوقوع، والنظر في الأثر المترتب عليه جبراً للضرورة ومؤاخذة لمحدث الضرر(١).

ولهذا قعد الفقهاء قاعدة عظيمة تدل على هذا المفهوم وهي قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» وعبر عنها بعضهم بـ«الضرر يزال»(٢) وأصلها مأخوذ من قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار»(٣).

ونص هذه القاعدة ينفي الضرر فيوجب منعه وتحريمه مطلقاً، ويشمل ذلك : الضرر العام والخاص ، ويشمل دفع الضرر قبل وقوعه بطرق الوقاية

---

(١) الضرر في الفقه الإسلامي د. أحمد موافي ١/٥ – ٦ .

(٢) درر الحكام ١/٣٦ – ٣٧ مادة (١٩) ، (٢٠) ، والأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٥) والأشباه والنظائر للسيوطي (٨٣).

(٣) تقدم تخريجه ص ٤٤.

الممكنة، كما يشمل أيضاً رفعه بعد وقوعه بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره(١).

ففي هذه القاعدة كما يقول المناوي(٢) تحريم سائر أنواع الضرر إلا بدليل، لأن النكرة في سياق النفي تعم، فلا لحوق أو إلحاق، أو لا فعل ضرر أو ضرار بأحد في ديننا، أي لا يجوز شرعاً إلا لموجب خاص(٣).

وهكذا نجد أن هذه القاعدة تعتبر أساساً لكثير من أبواب الفقه، وينبني عليها كثير من المسائل ومن ذلك :

١ - الرد بالعيب لإزالة الضرر عن المشتري .

٢ - جميع أنواع الخيار : من اختلاف الوصف المشروط والتغرير وإفلاس المشتري ونحوها.

٣ - الحجر بأنواعه للمحافظة على مال غير القادر على التصرف السليم.

٤ - الشفعة ، شرعت للشريك لدفع ضرر القسمة، وللجار لدفع الجار السوء.

٥ - القصاص ، لدفع الضرر عن أولياء القتيل.

٦ - الحدود ، لدفع الضرر عن المجتمع ، وعمن لحق به .

٧ - الكفارات لإزالة سبب المعصية .

---

(١) الوجيز د. البورنو (٢٥٤).

(٢) هو محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي الحدادي ثم المناوي القاهري. من كبار العلماء بالدين والفنون. انزوى للبحث والتصنيف. له نحو ثمانين مصنفاً. توفي سنة ١٠٣١هـ. من مؤلفاته «فيض القدير شرح الجامع الصغير» ، و«شرح الشمائل للترمذي».

[الأعلام ٦/٢٠٤ ، هدية العارفين ١/٣٧٩] .

(٣) فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوي ٦/٤٣١ .

٨ – ضمان المتلف ، لإزالة الضرر اللاحق بمن أتلف له .

٩ – القسمة ، لدفع الضرر عن أحد الشريكين أو كليهما.

١٠ – نصب الأئمة والقضاة ، لمنع الضرر عن الأمة الإسلامية ، حيث بوجودهم تقام الحدود، وتمنع الجرائم، وتستأصل شأفة الفساد.

١١ – دفع الصائل[١]، لإبعاد ضرره عن النفس.

١٢ – قتال المشركين ، لإظهار نور الحق ودحر فتنة الباطل، وصدهم عن طريق الدعوة الإسلامية.

٣ – فسخ النكاح بالعيوب أو الإعسار، لإزالة الضرر عن الزوجة أو الزوج[٢]، وينبني على هذه القاعدة من الفقه ما لا يحصر أبواباً مما في حكمة مشروعيته دفع للضرر والإضرار عن العباد[٣].

كل هذه الأمثلة الموضحة لقاعدة نفي الضرر تنتظمها قاعدة الضرورة، كما إنها خير مثال لمبدأ وضع الجوائح، وحتى يتبين ذلك لابد أن نعلم أن الشريعة الإسلامية إنما وضعت لتحصيل منافع العباد وتكميلها، ولدفع المضار وتقليلها بقدر الإمكان، وهو المقصود بقاعدة: جلب المصلحة ودرء المفسدة.

فما بني عليه الفقه الإسلامي من المبادىء والقواعد يرجع في الجملة إلى هذه القاعدة الجامعة «لا ضرر ولا ضرار».

ولذلك تظهر الصلة الوثيقة ، والعلاقة الواضحة بين الضرر وكثير من

---

(١) الصائل : اسم فاعل من صال أي وثب ، وهو من سطا عادياً على غيره يريد نفسه أو عرضه أو ماله. معجم لغة الفقهاء (٢٦٩).

(٢) انظر هذه الأمثلة في : درر الحكام ١/٣٦ – ٣٧، والأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٥) والأشباه والنظائر للسيوطي (٨٤).

(٣) انظر : القواعد الفقهية د. السدلان ٢ ٥٠ – ٥٠٣.

المبادئ والقواعد الفقهية والتي منها مبدأ وضع الجوائح، لأن هذه المبادئ والقواعد إنما تعمل في نطاق تعطيل المضار وتقليلها.

ويتضح ذلك جلياً في مبدأ وضع الجوائح الذي يعد من أبرز التطبيقات التي تدل على مراعاة الشريعة لمصالح الناس ودفع المضرة عنهم، تحقيقاً للتوازن والمساواة بينهم، وتقليلاً للمضرة وتخفيفاً من آثارها.

ويظهر ذلك من خلال الأدلة الدالة على مشروعية وضع الجوائح، والتي تدل بمنطوقها ومفهومها على نفي الضرر والتخفيف من آثاره، حيث يتضرر المشتري من إصابة الجائحة لماله فيحتاج إلى دفع هذا الضرر والتخفيف من آثاره.

فمن هذه الأدلة التي سبق ذكرها في فصل سابق:

١ - قوله صلى الله عليه وسلم «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»(١).

٢ - وقوله صلى الله عليه وسلم «أرأيتك إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك»(٢).

٣ - وقوله صلى الله عليه وسلم: «إن لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه»(٣).

٤ - حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح(٤).

هذه النصوص تبين وتدل دلالة واضحة على العلاقة الظاهرة بين مبدأ وضع الجوائح والضرر، إذ أن معنى الأمر بوضع الجوائح هو وجوب إسقاط ما اجتيح

---

(١) تقدم تخريجه ص٢٠.

(٢) تقدم تخريجه ص٩٨.

(٣) تقدم تخريجه ص٣٤٩.

(٤) تقدم تخريجه ص ٢٠.

من الثمرة عن المشتري بمقدار ما نقص منها بسبب الجائحة[١]، حتى لا يكون الثمن المدفوع هدراً غير مقابل بعوض، فهذه الأحاديث تدل على وجوب وضع الجوائح، وحرمة أخذ البائع مال المشتري، وأن إجبار المشتري على دفع الثمن مع هلاك المعقود بفعل الجائحة يعتبر ظلماً، وأكلاً لأموال الناس بالباطل، وكما يقول ابن حجر: (لو تلف الثمر لانتفى في مقابلته العوض، فكيف يأكله بغير عوض)[٢].

وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم : «بم تأخذ مال أخيك بغير حق» وقوله: «بم تستحل مال أخيك»، أي إذا هلك بعض المبيع بالجائحة فكيف يحل للبائع أن يأخذ جميع المال الذي تقرر بالعقد، وهذا بلا شك فيه إرهاق شديد وحرج بالغ على المشتري يتضرر منه أشد الضرر.

وبناء على ذلك يكون مبدأ وضع الجوائح وسيلة يتوصل بها إلى تعديل الالتزام برده إلى الحد المعقول ليكون الغنم بالغرم، ويتوزع الضرر على الطرفين، فيسهل احتماله، ويرتفع الارهاق الذي هو الضرر الفاحش، والخسارة الفادحة عن المشتري.

والخلاصة : أن مبدأ وضع الجوائح يعتبر دليلاً واضحاً على مراعاة الشريعة لمصالح الناس بدفع المضار عنهم والتقليل من آثارها ، فتقرير هذا المبدأ إنما يصدر في ذلك عن اعتبار ومراعاة لما طرأ على الالتزام من حادث يعجز معه العاقد عن إمضاء العقد إلا بتحمل ضرر فاحش وخسارة فادحة.

فمبدأ وضع الجوائح يعمل في نطاق قطع الشريعة للضرر بالتقليل منه، والتخفيف من أثره، وذلك عن طريق الإنقاص من ثمن المبيع بمقدار ما نقص منه بسبب الجائحة، فيكون هذا المبدأ بمثابة إتاحة الفرصة لتعديل الالتزام برده إلى

(١) المقدمات ٥٣٨/٢ ، والمغني ٨٦/٤، وانظر نيل الأوطار ٢٠١/٥.

(٢) فتح الباري ٣٩٩/٤ .

حده المعقول حيث يتعادل العوضان: الثمن والمبيع، أو يتقاربان، فيكون الغنم بالغرم، ويتوزع الضرر الحادث بسبب الجائحة على العاقدين، فيسهل احتماله، ويرتفع الإرهاق الذي هو الضرر الفاحش والخسارة الفادحة عن المشتري، وهذا يظهر الصلة الواضحة بين قاعدة نفي الضرر التي هي أصل لقاعدة الضرورة، ومبدأ وضع الجوائح(١).

ثالثا : قاعدة « الضرر يدفع بقدر الامكان » :

هذه القاعدة من القواعد التي تستند إليها نظرية الضرورة حيث تنص على أن الضرر يدفع شرعاً، فإن أمكن دفعه بدون ضرر أصلاً، وإلا فيتوسل لدفعه بالقدر الممكن.

وهذه القاعدة تفيد وجوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل والإمكانيات المتاحة، وفقاً لقاعدة المصالح المرسلة والسياسة الشرعية، فهي من باب الوقاية خير من العلاج، وذلك بقدر الاستطاعة، لأن التكليف الشرعي مقترن بالقدرة على التنفيذ.

وقد مثل لها الفقهاء بأمثلة كثيرة منها :

١ - مشروعية الجهاد لدفع شر الأعداء .

٢ - وجوب العقوبات لقمع الإجرام وصيانة الأمن.

٣ - مشروعية حق الشفعة لدفع الضرر عن الجار.

٤ - مشروعية الحجر على السفيه لدفع ضرر سوء تصرفاته المالية، والحجر على المفلس لمنع الضرر عن الدائنين.

---

(١) انظر الضرر د. أحمد موافي ١/٥٩٦ - ٥٩٧ .

٥ - حق للقاضي أن يمنع المدين من السفر بناء على طلب الدائن، أو يوكل وكيلاً بالخصومة.

٦ - شرع الإجبار القضائي على قسمة المال المشترك - القابل للقسمة - بناء على طلب أحد الشركاء، دفعاً لضرر شركة الملك.

٧ - لو امتنع الأب من الإنفاق على ولده القاصر أو العاجز، فإنه يحبس لدفع ضرر الهلاك عن الولد.

٨ - من شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه إذا دعت الضرورة لذلك، لحديث: «من شهر على المسلمين سيفاً ثم وضعه فدمه هدر»(١).

لأنه باغ ، فلضرورة الضرر سقطت عصمته.

٩ - للمضطر أن يأكل مال غيره حفاظاً على حياته، لكن عليه الضمان، لأن الضرر يدفع بقدر الإمكان ، ولأن الاضطرار لا يبطل حق الغير.

١٠ - الأجير الذي لعمله أثر في العين - كالصبغ أو الخياطة - إذا حبسها لقبض الأجرة فهلكت، يلزمه الضمان لكن له الأجر، لأن الضرر يدفع بقدر الامكان(٢).

١١ - لو دخل عليك سارق فادفعه عنك بقدر الإمكان، فإذا كان ممن يندفع بالعصا فلا تدفعه بالسيف.

١٢ - إذا اغتصب شخص مال آخر واستهلكه، يضمن الغاصب مثل ذلك المال إذا كان من المثليات، وقيمته إن كانت من القيميات، لأن إرجاع المال المغصوب

---

(١) أخرجه النسائي ١١٧/٧ في كتاب تحريم الدم باب من شهر سيفه ثم وضعه في الناس. رقم الحديث (٤٠٩٧)، والحاكم ١٥٩/٢ في كتاب أهل البغي باب من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر. وقال الحاكم: حديث صحيح على شرط الشيخين. وانظر نصب الراية للزيلعي ٣٤٧/٤ - ٣٤٨.

(٢) انظر الوجيز د. البورنو (٢٥٦ - ٢٥٧) .

المستهلك بعينه غير ممكن.

١٣ - إذا حصل عيب حادث في المبيع عند المشتري، ثم ظهر عيب له قديم، يزال الضرر بقدر الإمكان بأن يرجع المشتري على البائع بنقصان الثمن، لأن العيب الحادث مانع للمشتري من أن يرد المبيع بالعيب القديم[١].

هذه بعض الأمثلة وغيرها كثير مما يبين وجوب دفع الضرر بحسب الإمكان والاستطاعة، وهذا المعنى كما هو ظاهر في نظرية الضرورة الشرعية القاضية بدفع الضرر عن المضرور بحسب الاستطاعة والوسع، فهو ظاهر أيضاً في مبدأ وضع الجوائح، حيث تدفع المضرة عن المشتري قدر الإمكان بتعويضه نقص ما تلف من سلعته، بما يضمن له حقه، ويرفع الحرج عنه.

ولذلك نجد أن حق المشتري محفوظ حتى أن البائع لو اشترط البراءة من الجائحة لم يكن له الحق في ذلك، كما صرح ذلك المواق المالكي بنقله عن مالك أنه (يقضي بوضع الجائحة، ولا ينفع البائع شرط البراءة من الجائحة)[٢]. ولذلك ذكر ابن رشد الجد أن هذه المسألة التي ذكرها المواق صحيحة وهي عدم نفع شرط البراءة من الجائحة، والوجه فيها أن المشتري لو أسقطها عنه بعد عقد البيع لم يلزمه ذلك ، لأنه أسقط حقا قبل وجوبه، فلما اشترط إسقاطها في عقد البيع لم تسقط، ولا أثر لذلك في صحته لأن الشرط لم يقع له حصة من الثمن، من أجل أن الجائحة أمر نادر ، والسلامة فيها أغلب، فوجب أن يثبت البيع ويبطل الشرط[٣].

ويذكر الباجي في بيان حفظ حق المشتري أن البائع إن دعا إلى رد الثمرة

---

(١) درر الحكام ٤٢/١ مادة «٣١».

(٢) التاج والإكليل ٥٠٤/٤ .

(٣) البيان والتحصيل ١٥٠/١٢ ، وانظر القول الواضح ٩٩ - ١٠١ .

إليه، ولم يرض المشتري بالمشاركة، لم يكن للبائع ذلك، وتوضع الجائحة[١]، حفظاً لحق المشتري ودفعاً للضرر عنه.

---

(١) البيان والتحصيل ١٢/١٥٠ ، وانظر القول الواضح (٩٩ – ١٠١).

المبحث الثالث
الأساس الذي بني عليهما واحد

مما يظهر الصلة والعلاقة بين مبدأ وضع الجوائح ونظرية الضرورة الشرعية الاشتراك في أساس كل منهما من حيث الاشتراك في الأدلة المعتبرة، ومن حيث الاشتراك في حكمة كل منها، ومن حيث التشابه في النتائج والآثار.

وهذا مما يثبت أن هذه الشريعة السمحة إنما أنزلت من لدن حكيم خبير سبحانه وتعالى، حيث الأحكام المتقنة والضوابط المحكمة، فالشريعة لا تفرق بين متماثلين، ولا تجمع بين مفترقين.

ولننظر أولا إلى أدلة كل منها ، حيث ذكرنا أن مبدأ وضع الجوائح يقوم على أدلة كثيرة منها قوله تعالى : «يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم»[١].

ومنها أمره صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح[٢]، وقوله صلى الله عليه وسلم : « لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»[٣].

فالحديثان قاضيان برفع الحرج عن المشتري ودفع الضرر عنه، ومنع الظلم عنه، حيث إن إجبار المشتري على دفع الثمن مع هلاك المعقود بفعل الجائحة يعتبر ظلماً ، وأكلا لأموال الناس بالباطل.

---

(١) سورة النساء : آية ٢٩ .

(٢) تقدم تخريجه ص ٢٠ .

(٣) تقدم تخريجه ص ٢٠ .

ومنها النظر الصحيح الذي يبين أن المشتري لم يتسلم الثمرة ولم يقبضها القبض التام الذي يوجب نقل الضمان إليه، فإذا جاءت الجائحة واجتاحت الثمرة من غير تفريط من المشتري ، فكيف يحل للبائع إلزامه بثمن ما أتلفه الله عز وجل قبل تمكنه من قبضها المعتاد ؟

فالنظر الصحيح وقياس الأصول يقتضي وضع الجائحة عن المشتري، ولهذا لو تمكن المشتري من القبض المعتاد في وقته ثم أخره لتفريط منه أو لانتظار غلاء السعر كان التلف من ضمانه ولم توضع عنه الجائحة[١].

فكل هذه الأدلة المعتبرة في وضع الجوائح تدل على كمال الشريعة التي نزلت لدفع المضار وجلب المنافع، ووضع الحرج عن الناس، ومنع الظلم وإعطاء كل ذي حق حقه.

وهذا المعنى ظاهر وبين في الأدلة المعتبرة في نظرية الضرورة الشرعية حيث ذكرنا فيما سبق أن من الأدلة التي راعتها الشريعة للضرورة قوله تعالى في أكل الحرام عند الضرورة:«فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه»[٢]. وقوله تعالى: «فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم»[٣].

وهاتان الآيتان وغيرهما تبينان حرمة تناول المحرم إلا في حالة استثنائية وهي حالة الضرورة حفاظاً للنفس من الهلاك. ومنها حديث «لا ضرر ولا ضرار»[٤]، وأحاديث أخرى دالة على جواز أكل المحرم عند الاضطرار[٥].

---

(١) انظر ص ٢١ .

(٢) سورة البقرة آية ١٧٣ .

(٣) سورة المائدة : آية ٣ .

(٤) تقدم تخريجه ٤٤ .

(٥) انظر ص ٤٣ .

وكل هذه الأدلة تدل في نهاية الأمر على ما دلت عليه الأدلة المعتبرة في وضع الجوائح وهو رفع الحرج عن الناس، ودفع الضرر عنهم، ورد الحقوق إليهم، ومنع الظلم عنهم، مما يتوافق مع مقاصد الشريعة العامة القاضية بدفع الضرر عن الإنسان ورفع الحرج والمشقة عنه وجلب المصلحة له .

هذا كله من حيث الاشتراك في الأدلة بين مبدأ وضع الجوائح ونظرية الضرورة الشرعية، أما من حيث تلمس الحكمة فالصلة ظاهرة بينة، إذ الحكمة من وضع الجوائح كما سبقت الإشارة إليه جلب المصلحة ودفع المضرة عن المشتري، ورفع الحرج والمشقة عنه، وكذا الحال في نظرية الضرورة.

ومن الحكم المشتركة أيضا التوسع في الأحكام ، فإن القضايا والمسائل تتجدد وتتغير بتغير الزمان والمكان وأحوال الناس.

ولاشك أن هذه المسائل والقضايا تحتاج إلى أحكام شرعية تراعي أحوال الناس وما يقعون فيه من حوادث ومشاكل يحتاجون فيها إلى حكم شرعي يعرفون به ما لهم وما عليهم من الحقوق.

وهذه الحكمة نادت بها الشريعة الإسلامية ودعت إليها، ووضعت لها القواعد والضوابط مما يؤكد مرونة الشريعة واتساعها ، وشمولها لأحكام كل زمان ومكان وحال، وقابليتها لمواجهة التطور البشري ، والتغير الزماني والمكاني.

ومن الحقائق المسلمة أن الشريعة الإسلامية قد وسعت العالم الإسلامي كله على تنائي أطرافه، وتعدد أجناسه، وتنوع بيئاته الحضارية، وتجدد مشكلاته العصرية، وأنها بمصادرها ونصوصها وقواعدها لم تقف يوما من الأيام مكتوفة اليدين، أو مغلولة الرجلين أمام وقائع الحياة المتغيرة، منذ عهد الصحابة فمن بعدهم.

وإنما استطاعت الشريعة الإسلامية أن تفي بحاجات كل المجتمعات التي حكمتها، وأن تعالج كافة المشكلات في كافة البيئات التي حلت بها، بأعدل الحلول وأصلحها، لأنها بجوار ما اشتملت عليه من متانة الأصول التي قامت على مخاطبة العقل، والسمو بالفطرة، ومراعاة الواقع، والموازنة بين الحقوق والواجبات، وبين الروح والمادة، وبين الدنيا والآخرة ، وإقامة القسط بين الناس جميعا، وجلب المصالح والخيرات، ودرء المفاسد من الشرور بقدر الإمكان: قد أودعها الله مرونة عجيبة جعلتها تتسع لمواجهة كل طريف، ومعالجة كل جديد، بغير عنت ولا إرهاق(١).

وهذه المرونة لا تعني إطلاق رجل القانون من كل الضوابط ، بل تعني عدم حصره في نطاق قواعد تفصيلية ضيقة قد تقصر عن حاجات الجماعة الإنسانية المتطورة، فالفقيه المسلم محدود، أولا وقبل كل شيء بالحدود التي تفرضها عليه عقيدته، وهو محدود بذات الأفق الذي يحدده له مزاجه الفكري الذي لونته العقيدة، ثم هو محدود بالتزام القواعد القانونية التي وردت في القرآن، والتشريع العام الذي جاءت به السنة.

ولذلك فإن الشريعة مرنة في أصولها، ومن الخطأ ما يذكره بعض الكتاب والباحثين من أن الشريعة الإسلامية متطورة، وأن الأحكام الشرعية تتطور بتطور الحياة لتوافق أحكامها ما يستجد ويتغير من حياة الانسان، والصواب أن الشريعة الإسلامية واسعة مرنة، وهي لسعتها تسع الحياة الانسانية في كل العصور، وهي تسع الحياة الانسانية مهما تطورت، وهي تسمح للحياة الانسانية أن تتطور في ظلها(٢).

---

(١) عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية د. يوسف القرضاوي (١٣ - ١٤).

(٢) خصائص الشريعة الإسلامية د. عمر الأشقر (٥٩ - ٦٠) .

ومن ينظر في سعة الشريعة الإسلامية ومرونتها يجد أنها راعت الضرورات والحاجات والأعذار التي تنزل بالناس، فقدرتها حق قدرها، وشرعت لها أحكاماً استثنائية تناسبها، وفقاً لاتجاهها في التيسير على الخلق ورفع الآصار والأغلال التي كانت عليهم في بعض الشرائع السابقة كما قال تعالى في الأدعية التي ختمت بها سورة البقرة وجاء في السنة أن الله استجاب لها[1]، قال تعالى: «ربنا ولا تحمل علينا إصراً كما حملته على الذين من قبلنا»[2]. ومن هنا جاءت القواعد المفيدة للتيسير ورفع الحرج عن الناس كما سبق ذكر شيء من ذلك في المباحث السابقة.

ومن يدقق النظر في الخلافات الواقعة بين الفقهاء في المذاهب المختلفة وكذلك الواقعة بين الفقهاء المنتمين إلى المذهب الواحد المختلفة أعصارهم، يجد أن الشيء الكثير منها يرجع الى اختلاف الأماكن والظروف والأزمنة لا إلى الحجة والبرهان أي أن الفقهاء كانوا يرون العمل في زمن ما أو مكان برأي فقهي معين لاعتبارات خاصة بذلك الزمان أو المكان، فإذا ما تغيرت الظروف والأزمنة وتبدلت الأحوال واقتضى الأمر الانصراف عن ذلك الحكم إلى حكم آخر، كيف الفقهاء الذين واكبوا تلك الظروف والأحوال، وقرروا تغيير الحكم المفتى به، والرأي الذي تم تقريره في السابق.

وهذا يدل دلالة واضحة على حيوية الفقه الإسلامي ومرونته وتجاوبه مع الأحداث والظروف، واستعداده للسير مع مقتضيات الوقت مادام ذلك التجاوب

---

(١) أخرج مسلم في صحيحه ١١٦/١ في كتاب الإيمان باب بيان أنه سبحانه وتعالى لم يكلف إلا ما يطاق . رقم الحديث (١٢٦) حديث ابن عباس أن الله تعالى أنزل قوله: «ربنا ولا تحمل علينا إصراً كما حملته على الذين من قبلنا» قال: قد فعلت.

(٢) سورة البقرة : آية : ٢٨٦ .

وهذا السير لا يخرجان على قاعدة شرعية، ولا على أصل من أصولها، وعما رسمه الله تعالى لنا من منهاج[(١)].

ولذلك تركت الشريعة مجالاً واسعاً للعلماء والحكام كي يعالجوا ما يجد من أحكام بآرائهم وحكمتهم في ضوء التوجيهات القرآنية والنبوية العامة، ألا وهو المباح، فالقانون الاداري والقانون التجاري والبحري أغلبها تدخل في دائرة ما ترك لأهل الرأي من علماء الأئمة وحكامها لتسييره وفق ما يرون أنه الأفضل والأصلح[(٢)].

نخلص مما سبق أن الشريعة الإسلامية فيها من المرونة والسعة ما يتوافق مع حوادث ومستجدات الواقع مما يفتح مجالاً أوسع للاجتهاد والتوسع في

ومما يلفت النظر في هذه الحكمة وهي التوسع في الأحكام، ما قرره علماء المالكية، فإنهم في تطبيقاتهم لمبدأ وضع الجوائح لم يقفوا عند حد بيع الثمار، بل

---

(١) مفهوم الفقه الإسلامي لنظام الدين عبد الحميد (٢٣).

(٢) خصائصُ الشريعة الإسلامية د. عمر الأشقر (٦٣).

توسعوا في ذلك حتى شمل أجرة الأراضي الزراعية، وعدوا استمرار الجفاف أو الفيضان في مجال أجرة الأراضي الزراعية جائحة من الجوائح تؤدي بالتالي إلى تخفيض معقول من قيمة الأجرة[1].

وقد نص على ذلك في المدونة في مسألة الأرض تؤجر ثلاث سنين أو أربعاً، فيزرع لرجل السنة أو السنتين فيعطش أولها أو آخرها أو وسطها، وقد أجرها أربع سنين كل سنة بمائة دينار صفقة واحدة، فيعطش سنة منها، قال مالك: تقوم كل سنة بما كانت تساوي من نفاقها عند الناس، وتشاح الناس فيها، ثم يحمل بعض ذلك على بعض فيقسم الكراء على قدر ذلك، ويرد من الكراء على قدر ذلك، ويوضع عنه بقدر ذلك، ولا ينظر إلى قدر السنين، فيقسم الكراء عليها إن كانت أربع سنين لم يقسم الثمن عليها أرباعا ، ولكن على قدر الغلاء والرخص[2].

---

(١) البهجة شرح التحفة ٢/١٦٢ .

(٢) المدونة ٤/١٦ – ١٧ .

المبحث الرابع
خلاصة هذا الفصل

بعد أن ذكرنا ثلاثة مباحث تربط بين نظرية الضرورة الشرعية ومبدأ الجوائح يمكن أن نخلص إلى النتائج التالية :

١ - أن الرابط بين نظرية الضرورة الشرعية ومبدأ وضع الجوائح هو أن الجائحة سبب للضرورة، وأن وضع الجوائح يعتبر أثراً من آثار الضرورة، فشرع وضع الجائحة لأن الضرورة والحاجة تدعو إلى ذلك عند قيام العذر، وهو وجود الجائحة.

وكذلك فإن المبادئ التي تقومُ عليها كل من نظرية الضرورة ومبدأ وضع الجوائع واحدة، والتي منها تغليب روح الخير والرحمة والمساعدة الذي يعتبر من الأصول المحكمة في الدين الإسلامي في كل شأن من شئون الحياة، والذي يظهر عند اضطرار المكلف وشدة حاجته، كما يظهر عند إهلاك أو إنقاص الجائحة للمبيع، وحاجة المشتري للمساعدة.

ومنها تحقيق العدالة والإنصاف والبعد عن الظلم، وإعطاء كل ذي حق حقه، كما في إنصاف المشتري عند وقوعه في الضرورة والحاجة الداعية إلى إعطائه حقه ومستحقه، لأنه لا دخل له في ضياع سلعته الهالكة بسبب خارج عن إرادته، وكما في إنصاف البائع الذي يأخذ حقه كاملاً في حالة تفريط المشتري في استلام المبيع.

ومنها تحقيق مبدأ التكافل والتضامن بين أفراد المجتمع حيث يظهر ذلك في جميع تطبيقات الضرورة، سواء كانت تهدف إلى تحقيق مصلحة مشتركة، أو بقصد تحقيق مصلحة الغير لغيابه أو لعجزه.

كما يظهر ذلك أيضا في مبدأ وضع الجوائح حين يعوض البائع أخاه المشتري ما أصاب المبيع من الجائحة، مما تسبب في تلفه أو تعييبه، فتظهر روح المسامحة والتضامن بين المشتري والبائع، وتنازل كل واحد منها عن الآخر، فينتج عن ذلك البركة في البيع.

٢ - أن نظرية الضرورة الشرعية تتفق مع مبدأ وضع الجوائح في كثير من القواعد الفقهية كقاعدة «المشقة تجلب التيسير» وقاعدة «الضرر يزال» وقاعدة «الضرر يدفع بقدر الامكان».

فالجائحة إنما وضعت للتيسير ورفع الحرج عن المكلف، وإبعاد الخسارة عنه، وفيها ضمان لحقه، وكلما وقع في المشقة والضيق والحرج بسبب ماتكبده من خسائر فادحة جراء ما أتلفته الجائحة، كلما اتسع الأمر في حقه، ورفع الحرج عنه، ورد إليه ماله، وحفظ له حقه.

كما أن الجائحة توضع موافقة لمقاصد الشريعة العامة القاضية بتحصيل المنافع وتكميلها، ودفع المضار وتقليلها بقدر الإمكان، والتخفيف من آثارها، ولذلك وضعت الجائحة، وأسقط ما اجتيح من الثمرة عن المشتري بمقدار ما نقص منها بسبب الجائحة، حتى لا يتضرر المشتري بهذا النقص في سلعته المشتراة.

فالمشتري لا حول له ولا قوة فيما أصاب سلعته من ظرف طارئ مفاجئ لم يكن في الحسبان، فكان من العدل تعويضه عن ذلك التلف أو النقص الحاصل بسبب هذا الحادث، كل ذلك دفعاً للضرر ورفعاً للحرج والمشقة عنه.

٣ - أن الأساس الذي بني على نظرية الضرورة الشرعية ومبدأ وضع الجوائح واحد، حيث تتشابه أدلة مشروعية كل منها من أدلة القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، والنظر الصحيح، وكلها أدلة قاضية بحفظ حق المكلف، ودفع الضرر والحرج عنه، وتحصيل المنفعة له.

وكذلك تتشابه وتشترك الحكمة في كل منهما، فهي علاوة على دلالتها على جلب المصلحة ودفع المضرة ورفع الحرج، فهي أيضا تدل دلالة واضحة على التوسع في الأحكام الشرعية، حيث إن أحكام الضرورة فيها من التوسع والنظرة الشمولية للأحكام الشرعية ما يبين مرونة الشريعة وسعتها.

كما أن مبدأ وضع الجوائح يفتح آفاقاً متسعة للمجتهد ليضع حلاً لكثير من المشكلات المعاصرة العالقة، وكثير من الجوائح المستجدة التي تحتاج إلى اجتهاد ونظر دقيق من المجتهد، ليجد حلاً مناسبا وعلاجاً ناجعاً لتلك الجوائح.

الفصل الثاني

الصلة بين الجوائح ونظرية الظروف الطارئة

بعد أن ذكرت تعريف مبدأ الجوائح وتعريف نظرية الظروف الطارئة على وجه الإجمال أبين في هذا الفصل الصلة بينهما ، ولاشك في أن هناك صلة واضحة بين الجوائح الذي تعتبر ظرفاً طارئاً وبين نظرية الظروف الطارئة .

وسيكون محور الحديث في هذا الفصل على المباحث الآتية :

المبحث الأول : الجائحة ظرف طارئ .

المبحث الثاني : الاشتراك في التأصيل الفقهي .

المبحث الثالث : الاشتراك في الشروط .

المبحث الرابع : التشابه في الآثار .

المبحث الخامس : خلاصة هذا الفصل .

المبحث الأول
الجائحة ظرف طارئ

مما يوضح الصلة الوثيقة بين مبدأ الجوائح ونظرية الظروف الطارئة أن الجائحة تعتبر ظرفاً من الظروف الطارئة، ولذلك فإن الناظر فيمن كتب عن نظرية الظروف الطارئة يجد غالباً التمثيل بالجوائح كمثال للظروف الطارئة ، خصوصا إذا كان البحث فيه مقارنة بين الشريعة والقانون .

وحتى نزيد في هذه الصلة الوثيقة وضوحاً نذكر - علاوة على ما سبق ذكره - حقيقة الظرف الطارئ في الشريعة ، وحقيقة الظرف الطارئ في النظرية القانونية ثم نوضح الصلة بينهما .

مما لا شك فيه أن فقهاءنا رحمهم الله قد اجتهدوا في بيان كل أمر مهم يهم المسلمين في أمور دينهم ودنياهم ، وخصوصا في باب المعاملات الذي يعتبر من أهم الأبواب الفقهية الذي يشتمل على معاملات الناس بين بعضهم بعضا من حيث البيع والشراء والأخذ والإعطاء سواء كان من باب المعاوضات أم التوثيقات أم الأمانات أم غيرها من أنواع العقود.

ولذلك تناول الفقهاء العقود من حيث شروطها وأركانها ، ومن حيث بيان الصحيح منها والفاسد ، وما يحل منها وما يحرم، وما يجوز تعليقه وما لا يجوز، ومن حيث طروء بعض الظروف التي قد تطرأ على بعض العقود قبل تمام تنفيذها، إذ أن هناك من العقود ما يستغرق تنفيذها مدة من الزمن، وقد يطرأ عليها من الظروف والأعذار ما يسبب ضرراً غير متوقع لأحد المتعاقدين خارج عن نطاق العقد ومضمونه ولم يلزم بمقتضاه.

لذلك اهتم الفقهاء بالحديث عن هذه العقود وتلك الظروف في أبواب كثيرة

وفصول متفرقة ومتعددة في كتب الفقه، فمنها كما ذكر سابقا مبدأ الفسخ بالأعذار في باب الإجارة الذي توسع فيها فقهاء الحنفية ، ومنها مبدأ وضع الجوائح في باب بيع الثمار الذي توسع فيه فقهاء المالكية، ثم وضع الفقهاء ضوابط لهذه الأعذار وتلك الظروف كما فعل الحنفية حينما عرفوا الأعذار، حيث قصدوا بالأعذار مايطرأ على عقد الإجارة من ظروف وطوارئ يترتب عليها ضرر يلحق بأحد المتعاقدين وذلك بعد المضي في العقد، فعرفوا الضرر بأنه ما يكون عارضاً يتضرر به العاقد مع بقاء العقد ولا يندفع بدون الفسخ، ثم بعد ذلك وضعوا لها ضابطاً وقاعدة وهي كما يذكر ابن عابدين : أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله، يثبت له حق الفسخ(١) ، كما نصت مجلة الأحكام العدلية على ذلك في مادتها رقم ٤٤٣ ونصها: (لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تنفسخ الإجارة)(٢).

فالعذر كما وصفه الأحناف ضابطه عجز العاقد بسبب العذر عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يلزمه بالعقد ، فلو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلزمه بالعقد، فكان الفسخ - كما يقول الأحناف - في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر(٣).

هذا بالنسبة للعذر في باب الإجارة عند الأحناف ، أما بالنسبة للجوائح فقد توسع المالكية في بيان حقيقتها وأنها من الأعذار والظروف الطارئة التي تسبب إرهاقاً للمشتري، وتعود عليه بالضرر والحرج والمشقة، وذكروا أن الجائحة مهلكة للمبيع أو منقصة له مما يوجب تعويض المشتري ووضع الجائحة عنه، وعبارات

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥/٥٠، وانظر الفتاوى الهندية (٤/٤٥٨) وتبين الحقائق ٥/١٤٥.

(٢) درر الحكام ١/٤٨٦ .

(٣) بدائع الصنائع ٤/١٩٧ .

المالكية واضحة في ذلك، تبين الضابط في هذه الظروف الطارئة التي هي الجوائح، وهو عدم استطاعة دفع هذا الظرف الطارئ الذي هو غالبا الآفة السماوية، ولذلك جاءت عباراتهم:

١ – ما أتلف من معجوز عن دفعه عادة(١).

٢ – ما لا يستطاع دفعه كالبرد والريح(٢).

٣ – ما لا يستطاع دفعه إن علم به(٣).

وهي عبارات تحدد ضابط هذا الظرف الطارئ وهو عدم استطاعة الدفع، فكل ما لا يستطاع دفعه يعتبر ظرفاً طارئاً يوجب تعويض المشتري، وتحمل البائع نقص المبيع، والضرر الذي وقع على المشتري.

هذا ما ذكره الفقهاء عن حقيقة الظرف الطارئ ، والذي مثاله العذر في باب الإجارة كما عند الأحناف، والجوائح في باب بيع الثمار كما عند المالكية، أما حقيقة الظرف الطارئ في القانون طبقا لنظرية الظروف الطارئة فليس ببعيد عن حقيقته في الفقه الإسلامي إذ أن فقهاء القانون عندما عرفوا الظرف الطارئ ذكروا بأنه حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية، أو واقعة مادية عامة لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد، ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، وإن لم يصبح مستحيلاً(٤).

ومن هذا التعريف وضعوا الضوابط لهذا الظرف الطارئ ، والتي منها كون

---

(١) وهو تعريف ابن عرفة كما في شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٢/٣٩٢ – ٣٩٣ .

(٢) وهو تعريف أبي الحسن الشاذلي كما في حاشية كفاية الطالب للعدوي ٢/١٧٣.

(٣) وهو تعريف القرافي كما في الذخيرة ٥/٢١٢.

(٤) الوجيز في نظرية الظروف الطارئة (١٩).

هذا الظرف الطارئ لا دخل للطرفين فيه، وأن لا يكون في وسع أحد المتعاقدين دفع هذا الحادث أو تفاديه.

ثم ذكروا بعد ذلك تأثر المدين بهذا الظرف الطارئ ، مما يسبب له إرهاقاً ويهدده بخسارة فادحة لم تكن بالحسبان.

وهذه الضوابط نص قانوني متعارف عليه كما في نص المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي على أنه (إذا طرأت بعد العقد وقبل تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشيء وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة...)(١).

فهذه المادة المتعارف عليها نصت صراحة على كون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه، وأنه يسبب للمدين إرهاقا، فهذا الحدث الطارئ من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الارهاق للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة غير معتادة، تؤدي بالتالي إلى تخفيف الضرر المترتب عليه(٢).

وبعد هذا العرض السريع لحقيقة الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي والمتمثل في الجوائح، وفي الفقه القانوني والمتمثل في نظرية الظروف الطارئة، تظهر الصلة واضحة بينة بينهما، إذ أن الجوائح تعتبر ظرفاً طارئاً يطرأ على العقد، وهو ظرف طارئ استثنائي غير متوقع، ولا يمكن دفعه، ويسبب إرهاقا للمشتري الذي هو أحد طرفي العقد، مما يؤدي إلى خسارته بتلف سلعته أو نقصها بسبب الجائحة، فيؤدي ذلك إلى تعويضه ووضع الجائحة عنه.

---

(١) مجلة القضاء والقانون (٢٧٤).

(٢) انظر نظرية الظروف الطارئة ، د. منصور نصر (١٠٣).

المبحث الثاني
الاشتراك في التأصيل الفقهي

مما لا شك فيه أن الفقه الإسلامي أثرى ثراء عظيما في معالجة المعاملات بين الناس، وكان له قصب السبق في تأصيل كثير من النظريات والقوانين، ولذلك أفرد الفقهاء مباحث كثيرة في بيان العقود والمعاملات وخصوصا المالية منها، وقعدوا لها القواعد وأصلوا لها الأصول ووضعوا لها الشروط والأركان ونحوها من متطلبات العقود.

وقد استمد الفقه الإسلامي هذه القواعد والنظريات من مصادر الشريعة الإسلامية المعتبرة: الكتاب والسنة والإجماع والنظر الصحيح، وهذه المصادر قد نصت ونظمت كثيرا من المعاملات الدارجة بين الناس تنظيما دقيقاً مما يجعل المسلم يشعر براحة واطمئنان لأحكام هذه الشريعة الغراء.

ولذلك جاءت نصوص الشريعة تأمر بالإيفاء بالعقود والعهود مما له الأثر الإيجابي على المتعاقدين يعود بالنفع عليهما، كما قال تعالى: «ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود»(١) وقال عز وجل «وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا»(٢) وقال تعالى: «وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الإيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا»(٣).

وجاء في السنة المطهرة ما يشهد لذلك ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: «لا

---

(١) سورة المائدة آية ١ .

(٢) سورة الإسراء آية ٣٤ .

(٣) سورة النحل : آية ٩١ .

وقت العسر ويخفف عليه حيث تكون المشقة والإرهاق.

وكل ما سبق يدل على أن تخفيف الالتزام الذي يكون سببا في إرهاق أحد المتعاقدين إنما هو أمر شرعي ديني قبل أن يكون قانونا وضعيا، فقد حثت وحضت الشريعة عليه ونادت به الآية الكريمة السابقة، وغيرها من الآيات كقوله عز وجل: «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر»(١) .

وقوله عز وجل : « وما جعل عليكم في الدين من حرج»(٢) ففي الآية الأولى إرادة التيسير من الله تعالى على عباده وعدم التعسير عليهم، إذ جاءت الآية بعد الترخيص في الفطر حال المرض والسفر مع تحتمه في حق المقيم الصحيح، وكل ذلك تيسيراً على العباد ورحمة بهم(٣).

أما الآية الثانية فدلت على عدم تكليف الرب عز وجل عباده بما لا يطيقونه وعدم إلزامهم بشيء فيه مشقة وإرهاق عليهم.

وهذا يدل على أن الشريعة الإسلامية تهدف إلى رفع الضرر والحرج عن الناس، وحيث إن إلزام المدين بتنفيذ التزامه الذي يسبب له الإرهاق من جراء الظرف الطارئ فيه ضرر ومشقة لذا نجد الشريعة تنهى عنه، وهذا الأمر واضح للعيان في تشريع وضع الجوائح حيث يكون الضرر واقعا على المشتري من جراء ما أحدثته الجائحة من تلف لسلعته التي اشتراها، فبسبب هذا الإرهاق والضرر الواقع عليه، خفف عنه ، وعوض له عن النقص الواقع على سلعته باشتراك البائع في التعويض عن النقص الحاصل.

وإذا نظرنا إلى السنة النبوية فإننا نجد الأدلة المتضافرة التي تدل على رفع

(١) سورة البقرة : آية ١٨٥ .

(٢) سورة الحج : الاية ٧٨ .

(٣) تفسير ابن كثير ١/٢١٧ .

والندب إلى الفضل... وذكر قول ابن مسعود: (إن أجمع آية في القرآن في سورة النحل «إن الله يأمر بالعدل والإحسان»)(١).

وفي تفسير القرطبي (قال ابن عطية:(٢) العدل هو كل مفروض من عقائد وشرائع، في أداء الأمانات، وترك الظلم، والإنصاف، وإعطاء الحق، والإحسان هو فعل كل مندوب إليه، وفي الأشياء ما هو كله مندوب إليه، ومنها ما هو فرض، إلا أن حد الإجزاء منه داخل في العدل، والتكميل الزائد على الإجزاء داخل في الإحسان)(٣).

من هذين التفسيرين يفهم أن العدل هو تطبيق القاعدة القانونية التي أمر الشرع بها، وأن الإحسان هو تطبيق القاعدة الأخلاقية التي يندب إليها للتخفيف من تفريط العدل، وهو يقضي بمقابلة الخير بأكثر منه والشر بأقل منه.

فمن تطبيقات العدل معاقبة المذنب أو المجرم كما قال تعالى: «وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به»(٤) وقال عز وجل: «وجزاء سيئة سيئة مثلها»(٥) ومن تطبيقاته أيضا وجوب الوفاء بالالتزام كما قال تعالى: «ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود»(٦).

---

(١) تفسير ابن كثير ٢/٥٨٣.

(٢) هو عبد الحق بن غالب بن عطية الغرناطي، شيخ المفسرين. كان إماما في الفقه والتفسير والعربية، قوي المشاركة ذكيا فطناً من أوعية العلم. ولي قضاء المرية عام ٥٢٩هـ، توفي عام ٥٤١هـ. من مؤلفاته: «المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز»، و«برنامج» في ذكر مروياته وأسماء شيوخه.

[سير أعلام النبلاء ١٩/٥٨٧ – ٥٨٨ ، الديباج المذهب ١٧٤ – ١٧٥].

(٣) تفسير القرطبي ١٠/١٠٩.

(٤) سورة النحل : آية ١٢٦ .

(٥) سورة الشورى : آية ٤٠ .

(٦) سورة المائدة : آية ١ .

ومن تطبيقات الإحسان العفو عن المذنب، والصبر على أذاه كما قال تعالى: «ولئن صبرتم لهو خير للصابرين»[١]، وقوله عز وجل: «فمن عفا وأصلح فأجره على الله»[٢] .

ومن تطبيقاته أيضا إمهال المدين المعسر كما قال تعالى: «وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة»[٣] .

فبالعدل تتحقق المساواة بين الناس، وبالإحسان يتحقق التآخي بينهم.

ولذلك فإن غاية الشريعة أن يقوم المجتمع على أساس من التآخي، والتراحم والود كما جاء في الحديث «مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالحمى والسهر»[٤].

والإحسان يبعث على الود، ويمحو الأحقاد من النفوس، وقد يكون له في نفس المحسن إليه ما هو أقطع لذنبه من العقاب إذا كان مذنباً، وأدعى للوفاء بالتزامه إذا كان مديناً أو ملتزماً، وبذلك يتحقق بالإحسان ما لا يتحقق بالعدل. وقد قرن الله تعالى العدل بالإحسان ووضعه في مرتبته وأمر به، وجعل جزاء المحسن ما وعده من خير جزيل وأجز عظيم.

من ذلك يظهر أن العدالة صورة من صور الإحسان المقصود في الآية الكريمة، وأنها متصلة اتصالا تاما بقواعد الشريعة بحيث لا يجوز أن تطبق بمعزل

---

(١) سورة النحل : آية ١٢٦ .

(٢) سورة الشورى : آية ٤٠.

(٣) سورة البقرة : آية ٢٨٠ .

(٤) أخرجه البخاري ٤/٩٣ في كتاب الأدب باب رحمة الناس والبهائم رقم الحديث (٦٠١١) ومسلم ٤/١٩٩٩ في كتاب البر والصلة والآداب باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم رقم الحديث (٢٥٨٦) واللفظ لمسلم.

عنها[١]، وهذا كله يؤكد أن لنظرية الظروف الطارئة أصلا في الشريعة الإسلامي من حيث قيامها على العدالة لطرفي العقد دون ظلم لأحد منها، مما يوضح الصلة والرابطة البينة بين هذه النظرية القانونية، وبين مبدأ الجوائح القائم على أسس من الشريعة الإسلامية الغراء.. والله أعلم.

(١) انظر نظرية الظروف الطارئة د. عبد السلام الترمانيني (٣٧ – ٣٩).

المبحث الثالث
الاشتراك في الشروط

مما لا شك فيه أن الفقه الإسلامي لم يغفل جانب المعاملات الشرعية بين الناس، بل نظر إليه نظرة دقيقة في جميع مسائله تحقيقا للعدالة بين الناس، وحلا لأي مشكلة قد تثور بين المتعاقدين في عقودهم ومعاملاتهم.

ولذلك لم يغفل الفقه الإسلامي الظرف الطارئ الذي يحدث بعد إبرام العقد أو أثناء تنفيذه.

من أجل ذلك صاغ الفقهاء نظريات متعددة لمعالجة هذه الأمور، كما بينا في المباحث السابقة، من مبدأ الجوائح في الثمار والأعذار في الإجارة.

وقد ذكرنا عند الحديث عن الأعذار في الإجارة ، أن المعقود عليه في هذا العقد هو المنفعة، وهي غير متحققة وقت إبرام العقد، حيث إنها تستوفى شيئا فشيئاً، وساعة فساعة، فإذا ظهر عيب في العين المؤجرة من شأنه أن يؤثر في استيفاء المنفعة كان للمستأجر أن يفسخ العقد بسبب هذا الظرف الطارئ الذي كان قد حل بالمعقود عليه(١).

وذكرنا أيضا عند الحديث عن الجوائح في بيع الثمار، أن تطبيق مبدأ وضع الجوائح منصب على العقود التي يتراخى تنفيذها أو استيفاء المنفعة فيها كعقود السلم والإجارة.

وإذا نظرنا إلى الأسباب التي اعتبرها الفقهاء وخصوصا الأحناف عذراً يفسخ به العقد نجدها كثيرة كما أشرنا إليها سابقا ، كخوف المتعاقدين من خطر الطريق في حالة ما إذا استأجر دابة ليسافر عليها ثم نشأ عنده خوف أثناء سفره

---

(١) انظر ص ١٢٤ .

في هذا الطريق، ومثل من استأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله، ومثل من أجر دكاناً أو داراً ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بثمن ما أجره، لأن في استمرار العقد إلزام المتعاقد بضرر زائد لم يستحق بموجب العقد، ولذلك عبر فقهاء الأحناف عن ذلك بقولهم في تعريف الضرر بأنه : عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر زائد لم يستحقه به(١).

ومن الأعذار التي تجيز الفسخ أيضا مرض المستأجر وإفلاس خياط استأجر غلاماً فترك العمل لإفلاسه، لأنه يلزمه الضرر بالمضي في موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله.

ومن الأعذار أيضا حدوث عرج للدابة محل الكراء يؤخرها عن مواصلة السير في الركب إذا كان ذلك مضراً بالراكب(٢).

ما سبق يؤكد لنا عظمة وسمو النظريات التي أقامها فقهاء الشريعة وذلك باعتدادهم بالأعمال التي تقوم بها الإدارة، إذ اعتبروا ذلك مؤديا إلى فسخ العقد باعتباره ظرفاً طارئاً.

فالأوامر التي تصدر من السلطان أو الحاكم بالاستيلاء على محل أو بإغلاق حانوت أو بتعديل قيمة النقود، كل ذلك اعتبره فقهاء الشريعة من الأعذار المجيزة لفسخ العقد.

ومن هذا يتبين لنا أن شرط تطبيق مبدأ الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي هو أن يترتب على تنفيذ العقد ضرر لم يستحق بموجب العقد، وليس لأي من المتعاقدين دخل فيه.

ويتبين لنا أيضا أن القانون الوضعي قد تقارب كثيرا في تشريعه لنظرية

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٥/٥٠، ودرر الحكام ١/٤٨٦.

(٢) انظر في الأعذار : الفتاوى الهندية ٤/٤٥٨، وتبيين الحقائق (٥/١٤٥) ودرر الحكام ١/٤٨٦.

الظروف الطارئة مع مبادئ الفقه الإسلامي التي منها مبدأ الجوائح والأعذار، فالحادث الطارئ الذي يحدث لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه يمكن أن يكون عذراً ينفسخ به العقد. فخوف الطريق، أو مرض الدابة، أو إفلاس المستأجر أو المؤجر ، كل ذلك يؤدي إلى جواز فسخ العقد دون اشتراط أن يكون ذلك نادرا أو حالة استثنائية، وهذا بعكس مبدأ الجوائح فإنه لا يترتب عليها أدنى أثر إلا إذا كانت مؤثرة وتخرج عن الحد المألوف، فإذا أدت الجائحة إلى تلف جزء يسير لا ينضبط فلا يعتد به[١].

كل ما سبق هو مقدمة لبيان أن لمبدأ الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي شروطاً[٢] كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة في الفقه القانوني ، لذلك سأبين بعض هذه الشروط في الفقه الإسلامي مبينا صلتها بشروط نظرية الظروف الطارئة.

---

(١) انظر المنتقى (٢٣٦/٤) والمغني (٨٧/٤).

(٢) انظر نظرية الظروف الطارئة د. منصور نصر (١٣٨ – ١٤١).

الشرط الأول : أن يكون الظرف الطارئ حادثاً استثنائياً.

ومعنى هذا الشرط أن الحادث الطارئ كالجائحة يجب أن يكون حادثاً استثنائيا نادر الوقوع مثل الزلازل والسيول والحروب ونحوها من الآفات التي هي نادرة الوقوع وليست مألوفة.

وهذا الشرط يمكن أخذه من الأحاديث الآمرة بوضع الجوائح، حيث أمر النبي صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح، وقد عرفها الفقهاء بأنها: ما لا يستطاع دفعه في العادة[1] كالريح والمطر وغير ذلك من الظروف التي تحدث حدوثاً استثنائيا.

وهذا الظرف الطارئ إما أن يكون راجعاً إلى أمر سماوي كما مثلنا سابقا بالريح والمطر والزلازل ونحوها من الآفات السماوية[2]، وإما أن يكون راجعاً إلى فعل إنسان غير معين بذاته، كما مثلنا له بالجيش[3].

فهذا الشرط وهو كون الحادث الطارئ استثنائيا متفق تماما مع ما جاءت به الشريعة في معالجتها لمبدأ وضع الجوائح، إلا أنه لا يشترط في مبدأ العذر في الإجارة، فليس من شرط فسخ العقد بالأعذار أن يكون العذر استثنائيا، بل إن فقهاء الحنفية أجازوا فسخ عقد الإجارة لمجرد عدول المستأجر عن العقد، واعتبروا ذلك عذراً إذا قام على سبب يقدره هو شخصيا، كمن يستأجر محلاً ليتجر فيه فإذا به يغير عمله إلى حرفة أخرى، أو يستأجر طباخاً ليعدله وليمة بمناسبة الزواج فينتفي السبب، ففي هذه الأحوال يجوز له أن يطلب فسخ العقد[4].

---

(١) انظر ص ٨ من الرسالة .

(٢) انظر ص ٢٤ من الرسالة .

(٣) انظر ص ١٤٨ من الرسالة .

(٤) انظر نظرية الظروف الطارئة د. منصور نصر (١٤٢).

إذاً هذا الشرط يصلح أن يكون في مبدأ وضع الجوائح الذي هو محل البحث، وهذا عند فقهاء الشريعة.

وإذا نظرنا إلى هذا الشرط في القانون فإننا نجد أن فقهاء القانون ذكروا هذا الشرط في كلامهم عن شروط نظرية الظروف الطارئة، فقالوا بشرطية كون الحادث الطارئ استثنائيا ، كما نصت المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي على أنه (إذا طرأت بعد العقد وقبل تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم يمكن في الوسع توقعها ...)[(١)].

وقصدوا بالحادث الاستثنائي الحادث الذي يندر حصوله بحيث يبدو شاذا بحسب المألوف من شئون الحياة، وذلك كالحروب، والزلازل، والحرائق، وانتشار الأوبئة، والسيول العنيفة، وغارات الجراد، والتهام المحصول بالدود بشكل غير معهود، إلى غير ذلك كله من النوازل والأحداث.

وهذا يتوافق مع شرط كون الحادث الطارئ استثنائيا في مبدأ الجوائح في الفقه الإسلامي ، إلا أن هذا الشرط في نظرية الظروف الطارئة له مفهوم أوسع، فلا يشترط في النظرية أن يكون الحادث الاستثنائي قد وقع نتيجة آفة سماوية ولا يستطاع دفعها، بل قد يكون ناجما عن صدور تشريع جديد كما مثل لذلك أهل الفقه القانوني.

وبعض الباحثين ذكر أنه يجب أن تستبعد الحوادث الخاصة بالمدين مهما كانت استثنائية، ومثل لذلك بإفلاس المدين، أو إصابته بمرض، أو احتراق محصوله، أو هلاك بضاعته، فهذه الحوادث ترهق المدين في تنفيذ التزامه، ولكنها لا تعتبر من قبل الحوادث الطارئة التي تبرر تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة[(٢)].

---

(١) مجلة القضاء والقانون (٢٧٤) .

(٢) النظرية العامة للالتزام (٢٢٤) ونظرية الظروف الطارئة للترمانيني (١٣٦ - ١٣٧).

الشرط الثاني : أن يكون الظرف الطارئ عاما :

يقصد بهذا الشرط أن يكون الظرف الطارئ عاماً وليس خاصاً بأحد معين، وهذا الشرط في الحقيقة اشترطه بعض فقهاء القانون، أما الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي فلا يشترط فيه هذا الشرط، ولو نظرنا إلى نصوص الشرع المطهر لوجدنا ما يناقض هذا الشرط وأن الحادث الطارئ كالجائحة لا يشترط فيه أن يكون عاماً، ولذلك جاءت النصوص مطلقة من غير تقييد بوصف خاص، فالنص وهو أمره صلى الله عليه وسلم بالجوائح[١] جاء مطلقاً فيشمل ما أهلكته الجائحة سواء كانت عامة لكثير من الزروع والثمار أم خاصة بزرع معين أو حقل واحد.

كما جاء حديث « إن بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»[٢] مطلقاً ينطبق مفهومه على جميع الحوادث عامة كانت أم خاصة أم فردية، بل لفظ الحديث يدل على أنه جاء في قضية فردية وليست عامة[٣].

هذا في الفقه الإسلامي، أما الفقه القانوني فقد اشترط هذا الشرط، فلا يكفي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث الاستثنائي الذي وقع خاصا بالمدين وحده مهما كانت فداحته، أو خاصاً بقلة من الناس، بل لابد أن يكون الحادث عاماً، فلا يسوغ للمدين مثلا أن يتذرع في سبيل الوصول إلى تعديل آثار العقد بمرض أصابه، أو بموت ابنه، أو بحريق التهم داره وحدها. ولا يلزم بالضرورة أن يكون الحدث شاملاً للناس جميعهم، فكل ما يتطلب هنا هو أن يكون المدين قد شارك غيره من جمهرة الناس في كونه ضحية الحادث الذي وقع،

---

(١) تقدم تخريجه ص ٢٠ .

(٢) تقدم تخريجه ص ٢٠ .

(٣) نظرية الظروف الطارئة د. منصور نصر (١٤٣).

فالحريق الذي يلتهم مدينة أو حياً منها يمكن أن يعتبر ظرفاً طارئاً، وكذلك الشأن بالنسبة إلى الحادث الذي يلحق طائفة معينة من التجار أو منتجي إحدى السلع[١].

هذا ما ذكره القانونيون حول هذا الشرط، إلا أن البعض يرى أن اشتراط العمومية في الحادث الاستثنائي يتعارض مع الغاية التي شرعت من أجلها نظرية الظروف الطارئة، فغاية النظرية تحقيق مبدأ العدالة الذي يقضي برفع الإرهاق عن المدين، فهي إذن خاصة بالمدين المرهق، فإذا تقيد الحادث الاستثنائي بشرط العموم، امتنع تحقيق العدالة في حالات كثيرة، قد لا يكون الحادث الاستثنائي فيها عاماً، وبذلك يضمحل شأن النظرية وتفقد كثيرا من معناها.

ولذلك لم تشترط كثير من القوانين المدنية في بعض الدول عمومية الحادث الاستثنائي كإيطاليا وبولونيا واليونان، بل جعلت كل حادث استثنائي غير متوقع يؤدي إلى إرهاق المدين موجباً لتطبيق النظرية[٢].

ويمكن القول بأن من اشترط عمومية الحادث الاستثنائي، لم يشأ أن يطلق العنان لنظرية مستحدثة، فاشترط أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة رغبة في تضييق نطاق نظرية الحوادث الطارئة حتى لا تزعزع كثيرا من القوة الملزمة للعقد[٣].

---

(١) آثار الظروف الطارئة د. عبد الحكم فوده (٤٨ - ٥٠) والوجيز (٤٤).

(٢) نظرية الظروف الطارئة د. عبد السلام الترمانيني (١٣٧ - ١٣٨).

(٣) الوسيط للسنهوري (٥٧٦/٢).

الشرط الثالث : أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع :

ونعني بهذا الشرط أن يكون الظرف الطارئ مفاجئاً ، وألا يكون في الإمكان توقعه، وهو شرط متوفر ومتأكد في الجوائح كما سبق تعريفها، فإننا قد عرفنا الجائحة بأنها ما لا يستطاع دفعه في العادة كالأمور السماوية، التي هي بطبيعة الحال أمر مفاجئ غير متوقع، ليس في إمكان أحد أن يدفعه أو أن يتوقعه كالريح والمطر والزلازل ونحوها من الآفات السماوية، ولذلك فإن الجائحة توضع بسبب هذا الظرف الطارئ غير المتوقع. فإن كان من المستطاع دفعه وتوقعه لم توضع الجائحة، وكان على العاقدين تحمل ما يقع ويطرأ بسبب تقصيرهما.

هذا في شأن الجائحة ، وكذا الحال في شأن العذر المبيح للفسخ في الإجارة، إذ يجب أن يكون العذر الطارئ غير متوقع الوقوع، إذ لو كان متوقع الحصول والوقوع لوضعه العاقدان في اعتبارهما عند التعاقد(١).

هذا في الفقه الإسلامي ، أما في الفقه القانوني فكذلك، إذ يشترط أهل القانون في الظرف الطارئ أن يكون مفاجئاً غير متوقع الحصول، ولا يمكن دفعه، كما نصت على ذلك المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي (إذا طرأت بعد العقد وقبل تنفيذه ظروفاً استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه)(٢).

وهذا هو الشرط الجوهري الذي سميت النظرية باسمه، ذلك أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد، فإذا قصر في ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره. أما ما يجب أن يؤمن المتعاقد ضده فهو الظرف الذي يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه المتعاقدان(٣).

---

(١) انظر نظرية الظروف الطارئة د. منصور نصر (١٤٤).

(٢) مجلة القضاء والقانون (٢٧٤).

(٣) الأسس العامة للعقود الإدارية (٦٧٧).

ونعني بتوقع وقوع الظرف الطارئ احتمال وقوعه، وما ستسفر عنه من صعوبات في تنفيذ الالتزام ، فإذا كان المدين متوقعاً حدوث الظرف الطارئ عند التعاقد ومع ذلك أقدم على إبرام العقد، فإنه يكون بذلك مقدراً لكل الظروف راضياً بكل الاحتمالات التي يسفر عنها الظرف الطارئ، وليس له الحق أن يطالب بتطبيق النظرية عندما يلحق به الضرر الذي كان محتملاً أثناء العقد.

ولذلك يتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون مما لا يستطاع دفعه أو تحاشيه، فإذا كان في وسع المدين أن يدرأه أو أن يتغلب عليه، فيستوي عندئذ أن يكون متوقعاً أو غير متوقع، ويكون قعود المدين عن دفعه أو تحاشيه مع قدرته على ذلك، خطأ يتحمل وزره[1].

وهكذا يظهر لنا أن الفقه القانوني يتوافق مع الفقه الإسلامي في اشتراط كون الحادث الطارئ الاستثنائي عاماً ومفاجئاً غير متوقع الحصول.

---

(١) الوسيط ١/٦٤٤، ونظرية الظروف الطارئة د. الترمانيني (١٤٠).

الشرط الرابع : أن يكون تنفيذ الالتزام مع وجود الظرف الطارئ مرهقاً:

وهذا الشرط ظاهر وبين في كل من مبدأ العذر في الإجارة في الفقه الإسلامي، ونظرية الظروف الطارئة، إذ أن ضابط العذر الذي يبيح فسخ عقد الإجارة هو عجز العاقد عن المضي في العقد إلا بضرر زائد لم يستحق بالعقد، وهذا الضرر الزائد هو الذي عبر عنه القانونيون بالإرهاق أو الخسارة الفادحة.

كما نصت على ذلك المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي الذي فيه (وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة)[١] .

كما نص على ذلك بعض الفقهاء في حديثهم عن الحوادث الطارئة الموجبة لفسخ عقد الإجارة، ومنهم ابن عابدين حيث ذكر أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله، يثبت له حق الفسخ[٢].

فهذا الضرر الذي يلحقه في نفسه أو ماله هو الإرهاق أو الخسارة الفادحة كما يعبر عنه أهل الفقه القانوني.

ومن فقهاء الأحناف الزيلعي الذي ذكر أن الإجارة تفسخ بالعذر، وفسره بأنه عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد[٣].

وهذا يتطابق مع ما ذكره فقهاء القانون في اشتراطهم الإرهاق ، حيث ذكروا معناه ومعياره، وفي ذلك يقول السنهوري : (والإرهاق الذي يقع فيه المدين من

---

(١) مجلة القضاء والقانون (٢٧٤).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/٥٠).

(٣) تبيين الحقائق (٥/١٤٥).

جراء الحادث الطارئ معيار مرن ليس له مقدار ثابت، بل يتغير بتغير الظروف، فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر، وما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى، والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة، فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي، فإن التعامل مكسب وخسارة)[١].

وهذا المعيار المرن الذي ذكره السنهوري، له مقدار ثابت ومضبوط عند فقهاء الشريعة، فقد ذكرنا سابقاً معيار الضرر الناتج عن مبدأ الجوائح وأنه معيار موضوعي منضبط وهو كون التالف بسبب الجائحة يبلغ مقدار الثلث أو يزيد، فإن كان أقل فلا.

وقد ذكرنا أن هذا القول هو قول الإمام مالك[٢] في الثمار ورواية عن الإمام أحمد[٣]، وقول الإمام الشافعي في القديم[٤]، فقد قالوا لا توضع الجائحة إلا إذا بلغت الثلث، واستدلوا لذلك بأنه لابد أن يأكل الطير من الثمرة وتنثر الريح ويسقط منها فلم يكن بد من ضابط، وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة، فلابد من تحديد الثلث، واعتباره فاصلاً مناسباً، ودليل ذلك أن الشرع قد اعتبر الثلث في مواضع كثيرة ذكرها الفقهاء وبينوها في كثير من أبواب الفقه، كالوصية في قوله صلى الله عليه وسلم: «الثلث والثلث كثير»[٥] الذي يدل على أن الثلث آخر حد الكثرة، فلهذا قدر به، وكالنذر وعطايا المريض والوقف في مرض الموت وتساوي جراح المرأة جراح الرجل إلى الثلث، وغيرها من المسائل الكثيرة التي اعتبر فيها الثلث،

---

(١) الوسيط (٦٤٥/١) وانظر الأسس العامة للعقود الإدارية (٦٨٥).

(٢) المنتقى (٢٣٥/٤).

(٣) الإنصاف (٧٤/٥).

(٤) ذكره ابن قدامة في المغني (٨٧/٤).

(٥) تقدم تخريجه ص ١٩٢ .

كما قال الإمام أحمد: إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة[١].

فالفقهاء وضعوا معيارا دقيقاً منضبطاً للضرر الناتج عن مبدأ الجوائح، بخلاف ما ذكره أهل الفقه القانوني حيث اختلفوا في وضع معيار منضبط للإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ، مما يدل دلالة واضحة على عمق ودقة هذه الشريعة في أحكامها ومسائلها الفرعية، وسبقها في هذا المجال فيما لم يصل إليه فقهاء القانون.

(١) المغني (٨٧/٤) والمبدع (١٧١/٤).

المبحث الرابع
التشابه في الآثار

هناك تشابه واضح بين الآثار المترتبة على مبدأ وضع الجوائح والآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة.

وقد سبق أن بينا الأثر المترتب على وضع الجائحة والأعذار في الإجارة، من خلال النصوص المثبتة لوضع الجائحة والعذر في الإجارة، والتي يمكن تلخيصها في نقاط ثلاث:

١ - فسخ العقد .

٢ - التيسير على المتضرر عن طريق تخفيض التزامه بقدر ما حصل له من الضرر جراء الحادث الطارئ.

٣ - تحقيق المساواة بين طرفي العقد عن طريق تقسيم وتوزيع الضرر بينهما، وتحمل كل منهما جزءا من الضرر الحاصل بسبب الظرف الطارئ.

وحتى تتضح لنا هذه الآثار نذكر على سبيل الاختصار تلك النصوص التي من خلالها تتبين هذه الآثار.

من هذه النصوص حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح(١).

وحديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال

---

(١) تقدم تخريجه ص ٢٠ .

أخيك بغير حق»[١].

ومنها حديث عمرة بنت عبد الرحمن أنها قالت : ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع له أو أن يقيله، فحلف ألا يفعل، فذهبت أم المشتري إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «تألى ألا يفعل خيراً» ، فسمع بذلك رب الحائط، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يارسول الله هوله[٢].

يفهم من هذه النصوص الأثر المترتب على الجائحة، حيث إن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح كما في حديث جابر، ومعنى وضع الجوائح هو أن يكون الضمان على البائع فيما أتلفته الجائحة، فيحط أو يسقط عن المشتري ما دفع من المال، فهو إما فسخ للبيع، أو تيسير على المشتري جراء الضرر الواقع عليه، وذلك بحط جزء من الثمن عنه تقديراً للحال الذي هو عليها.

وكذلك في حديث جابر حيث منع النبي صلى الله عليه وسلم البائع من أخذ مال أخيه بغير حق في الثمر الذي أصابته الجائحة، مما يؤكد أن على البائع أن يفسخ البيع أو أن يحط عن المشتري بقدر ما أتلفته الجائحة، حتى لا يأخذ مال أخيه بغير حق.

وكذا الحال في حديث عمرة حيث أنكر النبي صلى الله عليه وسلم على البائع وذكر أنه تألّى ألا يفعل الخير، وهو إقالة المشتري أو وضع بعض الثمن عنه، فهو طلب لفسخ البيع أو طلب لتخفيض الثمن.

فهذه النصوص كلها تؤكد وتبين أثر الجوائح وهي من الظروف الطارئة،

---

(١) تقدم تخريجه ص ٢٠ .

(٢) تقدم تخريجه ص٢٠٣ .

ويكون ذلك إما بفسخ البيع أو تخفيض الثمن.

هذا ما يتعلق بالنصوص الدالة على وضع الجائحة، ولو نظرنا إلى النصوص الدالة على أثر الأعذار على عقد الإجارة لوجدنا أيضا الأثر واضحا وهو فسخ عقد الإجارة لوجود العذر الذي يمنع من استيفاء المنفعة المعقود عليها أو ينقصها، كما ذكرنا ذلك عن فقهاء الحنفية.

فالحنفية يرون فسخ الإجارة بالأعذار، فإذا حدث ضرر لأحد المتعاقدين أو بالمستأجر فللمتضرر الفسخ، ودليلهم في ذلك أن الشريعة تسعى للرفق بالناس ورفع الحرج والمشقة عنهم، فلذلك ثبت حق الفسخ لأن الحاجة تدعو لذلك عند وجود العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلزمه بالعقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا عن التزام الضرر(١).

فهذا هو أثر الأعذار عند الحنفية وهو فسخ عقد الإجارة، ولهم في ذلك قاعدة وهي أن الأصل أنه متى تحقق عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر يلحقه، وهو لم يرض به، يكون عذراً تفسخ به الإجارة دفعاً للضرر(٢).

وقالوا : كل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعاً ولكن يلحقه نوع ضرر، يحتاج فيه إلى الفسخ(٣).

ويلاحظ أن الحنفية قد توسعوا كثيرا في طبيعة الأعذار الموجبة لفسخ عقد الإجارة ، مما يجعل مبدأ الأعذار عندهم من أوسع المبادئ الشرعية التي تدل على سماحة الشريعة وتيسيرها على المكلفين.

وإذا نظرنا إلى مسألة تقلب قيمة النقود نجد أن ما قرره فقهاء الحنفية في

---

(١) بدائع الصنائع ١٩٧/٤ .

(٢) الاختيار ٣٠٥/١ .

(٣) الفتاوى الهندية ٤٥٨/٤ .

هذه المسألة يبين الأثر المترتب وهو تحقيق المساواة بين المتعاقدين عن طريق توزيع الضرر بينهما، وتحمل كل منهما جزءاً من الضرر الحاصل بسبب تقلب قيمة النقود، فينبغي - كما يقول ابن عابدين - على المشتري أن يؤمر بدفع المتوسط رخصاً، لا بالأكثر رخصاً، ولا بالأقل، حتى لا يلزم اختصاص الضرر به ولا بالبائع[١]، وهو ما سماه ابن عابدين: الصلح على الأوسط، أي تقسيم الضرر بين كل من البائع والمشتري.

مما سبق يظهر لنا الآثار المترتبة على مبدأ وضع الجوائح، وما يتبعها من مبدأ العذر في الإجارة، ومسألة تقلب قيمة النقود، أما الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة، فقد ذكرنا شيئاً منها عند تعريف نظرية الظروف الطارئة، حيث بينا الشروط الخاصة بأثر الحادث الطارئ، وأن الأثر الذي يترتب على الحادث الطارئ هو أساس هذه النظرية، وأن الشروط الخاصة بأثر الحادث الطارئ تتلخص في شرط واحد وهو ما يسمى بشرط الإرهاق، والذي يؤدي إلى صعوبة تنفيذ الالتزام، بحيث تؤدي هذه الصعوبة إلى أن يتحمل المدين خسارة فادحة إذا أجبر على القيام بهذا التنفيذ.

وقد نصت على هذا الشرط المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي على أنه (إذا طرأت بعد العقد وقبل تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بأن يضيق مداه أو يزيد في مقابله)[٢].

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤/٢٧ .

(٢) مجلة القضاء والقانون (٢٧٤).

ويتضح من هذا النص أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتطلب توفر شروط معينة – وقد سبق ذكرها – وبعض هذه الشروط يرتبط بالجزاء أو بالحكم الذي تقضي به المحكمة، وهذه الشروط المرتبطة بالجزاء تعتبر ضوابط تهيمن على سلطة القاضي في التدخل ، وحتى يمكن للقاضي أن يتدخل لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول يتعين توفر شروط معينة تعينه على ذلك وهي:

١ – التأكد من أن تنفيذ الالتزام يهدد بخسارة فادحة.

ويعني هذا الشرط أن على القاضي أن يتأكد أولا من أن تنفيذ الالتزام بعد وقوع الظرف الطارئ أصبح من شأنه أن يؤدي إلى إرهاق المدين ويهدده بخسارة فادحة.

وهذا الإرهاق يجب أن يكون له معيار موضوعي واضح، فإرهاق المدين لا يكون إرهاقا طارئا ولا يعتد به إلا إذا كان يهدد المدين بخسارة فادحة في حدود الصفقة ذاتها، ولا يرجع إلى مجموع ثروة المدين، بل إلى الصفقة التي أبرم العقد بشأنها[١].

٢ – الظروف والملابسات التي تحيط بالموضوع محل النزاع.

ويقصد بهذا الشرط تقييد سلطة القاضي في معالجته للموضوع بحسب ظروف وأحوال كل قضية، فإذا تعين للقاضي أثناء نظر الموضوع أن الحادثة كانت وقتية أو عرضية، ولم تستغرق زمناً طويلاً، وسوف تنتهي آثارها بعد زوالها، فليس له أن يقضي بتعديل مضمون العقد ، بل يمكنه أن يقضي بتأجيل التنفيذ حتى تنتهي هذه الظاهرة العرضية[٢].

---

(١) نظرية الظروف الطارئة د. منصور نصر (٢٤٧).

(٢) الأسس العامة للعقود الإدارية (٦٩٢)

فلابد على القاضي أن يراعي هذه الظروف والأحوال التي تحيط بالموضوع المراد معالجته حتى يصبح الحل حلا عادلا لجميع أطراف العقد.

٣ - الملاءمة بين مصلحة الدائن والمدين.

مما ينبغي على القاضي مراعاته النظر في مصلحة الطرفين حتى يطبق مبدأ العدالة الذي هو أساس نظرية الظروف الطارئة.

فيجب عليه وهو ينظر في القضية أن يوازن بين مصلحة الطرفين بما يحقق العدالة لهما، وذلك بتوزيع العبء الطارئ على المتعاقدين، فهذه النظرية لا يقصد منها رفع الإرهاق بالكلية من كاهل المدين، كما لا تلقي به كلية على عاتق الدائن، وإنما الهدف منها رد الإرهاق إلى الحد المعقول بالنسبة للطرفين[1].

ولذلك كان على القاضي أن يوازن بين مصلحة الطرفين، حتى يحكم بدقة عند توزيع العبء بين طرفي العقد، بما يحقق العدالة لهما.

أما ضابط الموازنة فيكون بالكيفية التي تحقق أكبر قدر من العدالة للمتعاقدين، وتبتعد عن أي إجحاف أو ظلم لأي منهما.

٤ - أن يقضي القاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

وهذا الشرط قد نصت عليه المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي وهو أنه يجوز (للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله)[2].

وبناء على هذا النص فإنه يجوز للقاضي أن يقضي برد الالتزام إما إنقاصا

---

(١) المصدر نفسه.

(٢) مجلة القضاء والقانون (٢٧٤).

للالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وإما أن يقضي بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق[١] وكل ذلك متروك لتقدير القاضي بمقتضى مفهوم النص السابق، فله الحكم وفق ما تقتضيه قواعد العدالة والحكم بين الناس بالقسط.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب وضع قواعد توضح ما يجب على القاضي اتباعه لرد الالتزام إلى الحد المعقول، والتي يمكن استخلاصها من القواعد التالية:

القاعدة الأولى : أن تكون الخسارة مألوفة فيحكمها المدين وحده.

القاعدة الثانية : أن يشترك الطرفان في الإرهاق فيشركهما القاضي في رد الالتزام إلى الحد المعقول، وينبغي ألا يكون هذا الاشتراك مناصفة بالتساوي بين الدائن والمدين، لأن هذا ليس له سند من القانون، فقد يكون التنصيف في بعض الحالات أكثر ملاءمة لظروف القضية ومصلحة الطرفين، ولكنه لا يمكن أن يتخذ معياراً يلتزم به القاضي.

ولذلك فإن الأنسب أن يقال يجب على القاضي الموازنة بين طرفي العقد، وأن يراعي الظروف ويرد الالتزام إلى الحد المعقول، كل ذلك يكون بتقدير القاضي، ونظره في القضية وملابساتها، فيقدر وفق ذلك النسبة التي يجب أن يشترك بها المتعاقدان في تحمل الخسارة[٢].

القاعدة الثالثة : أن الدائن غير ملزم بقبول تعديل الالتزام، لاسيما إذا قضى التعديل بزيادة التزاماته، فله أن يقبل بالتعديل، أو يطلب فسخ العقد دون تعويض، فيقبل ذلك من دون توقف على رضاء المدين، لأنه أصلح له، إذ يدفع عنه عبء الظرف الطارئ، في حين أن زيادة التزامات الدائن لم يكن يترتب عليها إلا رفع

---

(١) مصادر الحق للسنهوري (٦/٢٧) وآثار الظروف الطارئة (٨٩).

(٢) نظرية الحوادث الطارئة لأسعد الكوراني (٢٤٣) .

بعض هذا العبء فقط.

ومما يجدر التنبيه عليه هنا أن حق طلب الفسخ مقصور على الدائن الذي يأبى قبول التعديل، أما القاضي فلا يملك سلطة فسخ العقد، كما لا يملك المدين الحق في طلب فسخ العقد.

ومع هذا فإنه يجوز للقاضي بناء على نظرته في تحقيق المصلحة بين الدائن والمدين أن يأمر بوقف تنفيذ العقد خلال فترة محددة من الوقت حتى يزول أثر الحادث الطارئ ، وذلك إذا ما تبين له أن الحادث وقتي يمكن أن يزول في فترة وجيزة، وأن الطرف الآخر لن يناله ضرر كبير نتيجة هذا التوقف(١).

القاعدة الرابعة : أن رد الالتزام إلى الحد المعقول لا يكون إلا بالنسبة إلى الحاضر، ولا شأن له بمستقبل العقد لأنه غير معروف(٢)، فإذا كان العقد مستمراً أو كان مؤجل التنفيذ، وعدل القاضي آثاره ثم زال الطارئ الذي اقتضى هذا التعديل قبل انتهاء مدة العقد، وجب إلغاء التعديل من وقت زوال الطارئ، والعودة بالعقد إلى ما كان عليه من قبل.

وقد تجدّ بعد التعديل حوادث طارئة أو يشتد الطارئ الأول أو يخف فليس هناك ما يمنع القاضي من إعادة النظر في التعديل الذي قضى به بالزيادة والنقصان(٣).

هذه هي باختصار الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة والتي يمكن إيجازها بالنقاط الآتية:

١ - أنه يجوز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام

---

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية (٦٩٢) وينظر الوسيط (٦٤٦/١ - ٦٤٩).

(٢) الأسس العامة للعقود الإدارية (٦٩٢).

(٣) انظر نظرية الظروف الطارئة د. الترمانيني (١٦٧ - ١٧١) والوسيط ٦٤٨/١.

المرهق إلى الحد المعقول ويكون بطريقين:

أ - إما عن طريق نقص الالتزام المرهق.

ب - أو زيادة الالتزام في مقابله.

٢ - أنه يجوز للقاضي مع توفر شروط معينة وبحسب نظرته في تحقيق المصلحة بين الطرفين أن يوقف تنفيذ الالتزام تنفيذا مؤقتاً حتى زوال آثار الظرف الطارئ.

٣ - أنه لا يجوز للقاضي أن يفسخ العقد فإن هذا ليس من سلطته، إذ سلطته تكون في رد الالتزام المرهق إلى حده المعقول.

وبعد هذا العرض السريع لآثار مبدأ الجوائح، وآثار نظرية الظروف الطارئة يتبين لنا العلاقة بينهما، حيث ذكرنا أن آثار مبدأ الجوائح وما يتبعه من مبدأ الأعذار في الإجارة وتقلب قيمة النقود، يمكن حصرها في ثلاثة أمور: إما فسخ العقد، وإما بتخفيض التزام المتضرر بقدر ما حصل له جراء الظرف الطارئ، وإما بتوزيع وتقسيم الضرر بين المتعاقدين بما تقتضيه قواعد العدل.

وبهذا يتضح وجه الشبه حيث يتفق الفقه القانوني من خلال نظرية الظروف الطارئة، مع الفقه الإسلامي من خلال مبدأ وضع الجوائح، في دفع الضرر عن المتعاقد المتضرر من وقوع الظرف الطارئ، من خلال توزيع نتائج أثر الحادث الطارئ على كل من المتعاقدين بما يحقق العدل والمساواة وعدم الظلم لكل منهما، وهذا كله بحسب مايراه القاضي مناسباً ومحققاً للعدالة في هذا التقسيم دون ظلم لأحد من الطرفين، كذلك يحق للقاضي أن يوقف تنفيذ العقد مؤقتاً حتى يزول الظرف الطارئ مع مراعاة المصلحة للطرفين، والتأكد من أن أحدهما لن يناله ضرر جراء هذا الوقف.

إلا أننا يمكننا القول بأن الفقه الإسلامي فاق الفقه القانوني في أنه سمح

للقاضي حسب ما يراه من مصلحة للطرفين أن يفسخ العقد، إذا وجد لذلك مبرراً ومحققا للمصلحة، وفيه دفع مضرة محققة لأحد الطرفين على الآخر، وهذا يدل على كمال الشريعة الإسلامية وسمو أحكامها، حيث إنها إنما جاءت لتحقيق المصالح ودفع المضار كما قيل:

الدين مبني على المصالح   في جلبها والدرء للقبائح

ومع هذا فإن بعض القوانين المدنية في بعض البلاد وافقت الشريعة في إعطاء الحق للقاضي لفسخ العقد إذا رأى المصلحة في ذلك كما في القانون المدني البولندي حيث ينص على أنه يجوز (للمحكمة إذا رأت ضرورة لذلك تطبيقاً لمبادئ حسن النية، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تعين طريقة الالتزام أو أن تحدد مقداره.. بل وأن تقضي بفسخ العقد)[١].

وهذا يؤكد متانة وكمال الشريعة الإسلامية التي سبقت جميع القوانين الوضعية فيما يحقق المصلحة للناس ويدفع عنهم المضرة، فسبحان من أنزل هذه الشريعة السمحة، وتبارك الله أحسن الخالقين.

---

(١) انظر نظرية الظروف الطارئة د. منصور نصر (٤٥٦).

المبحث الخامس
خلاصة هذا الفصل

يمكننا بعد أن عرضنا في المباحث السابقة الرابط والصلة بين مبدأ الجوائح ونظرية الظروف الطارئة أن نستخلص منها بعض الخلاصات ويمكن حصرها في النقاط التالية :

١ - أن الجائحة تعتبر ظرفاً من الظروف الطارئة التي تطرأ على العقد فتؤثر فيه، وقد مثل الفقهاء بأمثلة كثيرة للظروف الطارئة التي تطرأ على العقد والتي منها الجوائح في بيع الثمار ، ومنها العذر في باب الإجارة، ومنها تغير قيمة النقود، وكل هذه الظروف الطارئة التي تطرأ على العقد لها أثر واضح في العقد من حيث فسخ العقد أو وقفه أو توزيع الضرر بين المتعاقدين.

وفي الفقه القانوني يذكر أهل القانون أن للظرف الطارئ الذي يطرأ على العقد أثراً في العقد ، فإذا جاء الظرف الطارئ الذي هو حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية، أو هو واقعة مادية عامة لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يمكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد، ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، فإنه يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، إما بتضييق مداه أو بزيادة في مقابله.

٢ - يشترك مبدأ الجوائح مع نظرية الظروف الطارئة في التأصيل الفقهي لكل منهما .

حيث جاءت الآيات الصريحة والأحاديث الصحيحة في بيان عدم التكليف إلا بالمستطاع، وعدم المشقة على المكلف، ورفع الحرج والكلفة عنه، فيوسع على المكلف وقت الضيق وييسر عليه وقت العسر، ويخفف عليه حيث تكون المشقة

والإرهاق.

ولذلك فإن إلزام المدين بتنفيذ التزامه الذي يسبب له الإرهاق جراء الظرف الطارئ فيه ضرر ومشقة عليه، فجاءت الأدلة بالنهي عن هذا الضرر الواقع عليه، فعُوض له عن النقص الواقع على سلعته باشتراك البائع في التعويض عن النقص الحاصل .

وكذلك جاءت القواعد الفقهية العامة لهذا الغرض وهو رفع الضرر ودفعه عن المتضرر، وجلب اليسر له والتخفيف عنه، فالضرر الذي يلحق بالمتضرر كالمدين بسبب الظرف الطارئ يبيح له فعل الممنوع الذي هو عدم تنفيذ الالتزام المرهق الذي لم يلتزمه بالعقد.

كما دلت على أنه في حالة تعارض مصلحة الدائن مع مفسدة الضرر الذي يصيب المدين ، فإنه يقدم درء المفسدة على جلب المصلحة، فيدفع الضرر الذي لحق بالمدين.

كما تدل أيضاً على مبدأين عظيمين وهما العدالة والإحسان، فالعدل هو تطبيق القاعدة القانونية التي أمر الشرع بها، والإحسان هو تطبيق القاعدة الأخلاقية التي يندب إليها للتخفيف من تفريط العدل، وهو يقضي بمقابلة الخير بأكثر منه والشر بأقل منه .

فمبدأ الجوائح ومثله نظرية الظروف الطارئة يقومان على العدالة لطرفي العقد دون ظلم لأحد منهما أو حيف أو جور، مما يدل على كمال هذه الشريعة الغراء القائمة على مبدأ العدل والإحسان في كل شئون الحياة.

٣ - يشترك مبدأ الجوائح مع نظرية الظروف الطارئة في شروط كل منهما، فهناك اتفاق واضح في شروطهما :

أ - فمن حيث كون الظرف الطارئ حادثاً استثنائيا يذكر الفقهاء أن

الجائحة يجب أن تكون كذلك كالزلازل والسيول ونحوهما من الحوادث الاستثنائية، فلذلك عرفوا الجائحة بأنها ما لا يستطاع دفعه من الآفات السماوية ونحوها.

وينص على هذا الشرط فقهاء القانون بأن يكون الظرف الطارئ استثنائياً يندر حصوله بحيث يكون شاذاً بحسب المألوف من شئون الحياة، ومثلوا له بالحروب والزلازل والحرائق ونحوها من النوازل والأحداث.

ب - ومن حيث كون الظرف الطارئ مفاجئاً وغير متوقع يذكر الفقهاء أن الجائحة توضع بسبب الظرف الطارئ غير المتوقع، والذي لا يمكن دفعه، ويظهر ذلك جلياً في تعريفهم للجائحة بأنها ما لا يستطاع دفعه، ولذلك لا توضع الجائحة إن كان هذا الحادث الطارئ من المستطاع دفعه وتوقعه، وكان على المتعاقدين تحمل ما يقع ويطرأ بسبب تقصيرهما.

وكذا ينص فقهاء القانون على هذا الشرط، إذ يجب أن يكون الظرف الطارئ مفاجئاً وغير متوقع عند إبرام العقد، وهو الشرط الأساسي الذي سميت نظرية الظروف الطارئة به، وبينوا ذلك بأن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد، فإذا قصر في ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره، أما ما يجب أن يؤمن المتعاقد ضده فهو الظرف الذي يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه المتعاقدان.

جـ - ومن حيث كون تنفيذ الالتزام مع وجود الظرف الطارئ مرهقاً، نرى ذلك واضحاً في تطبيقات العذر في الإجارة، إذ أن ضابط العذر الذي يبيح فسخ عقد الإجارة هو عجز العاقد عن المضي في العقد إلا بضرر زائد لم يستحق بالعقد، وهذا الضرر الزائد هو الذي يعبر عنه فقهاء القانون بالإرهاق أو الخسارة الفادحة.

كل ما سبق يدل دلالة واضحة على الصلة الظاهرة بين مبدأ الجوائح كظرف طارئ مع نظرية الظروف الطارئة، وذلك في توافقهما في الشروط التي اشترطها كل من فقهاء الشريعة للحوادث الطارئة كالجوائح والأعذار، وفقهاء القانون الذين اشترطوا مثل هذه الشروط في الظروف الطارئة على العقد.

٤ – يتشابه مبدأ الجوائح مع نظرية الظروف الطارئة في الآثار المترتبة على كل منهما، حيث نص الفقهاء على أن الظرف الطارئ الذي يطرأ على العقد يترتب عليه آثار ، وهي فسخ العقد، أو التيسير على المتضرر عن طريق التزامه بقدر ما حصل له من الضرر جراء الحادث الطارئ، أو تحقيق المساواة بين طرفي العقد عن طريق تقسيم وتوزيع الضرر بينهما وتحمل كل منهما جزءاً من الضرر الحاصل بسبب الظرف الطارئ.

وهذه الآثار لا تختص بمبدأ الجوائح في الثمار فقط بل تشمل أيضاً الأعذار في الإجارة من حيث كونها جوائح تؤثر في العقد.

أما عند فقهاء القانون فإنهم ذكروا أيضا الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة وما يجب على القاضي تجاه الظرف الطارئ على العقد، حيث بينوا أنه يجوز للقاضي بعد النظر في مصلحة المتعاقدين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، إما عن طريق نقص الالتزام المرهق، أو زيادة الالتزام في مقابله مما يحقق المصلحة للطرفين.

كما يجوز للقاضي أن يوقف تنفيذ الالتزام تنفيذاً مؤقتاً حتى زوال آثار الظرف الطارئ ، وهذا بوجود شروط معينة وبحسب نظرة القاضي في تحقيق المصلحة بين المتعاقدين.

إلا أنهم نصوا أيضا على أنه لا يجوز للقاضي أن يفسخ العقد، لأن هذا ليس من سلطته ، إذ أن سلطته في رد الالتزام المرهق إلى حده المعقول.

وبهذا يتبين وضوح الصلة بين الآثار المترتبة على كل من مبدأ الجوائح ونظرية الظروف الطارئة ، إذ أن نتيجة كل منهما في النهاية هي دفع الضرر عن المتعاقد المتضرر من وقوع الظرف الطارئ ، من خلال توزيع نتائج أثر الحادث الطارئ على كل من المتعاقدين بما يحقق العدل والمساواة وعدم الظلم لكل منهما .

هذا كله باختصار خلاصة هذا الفصل الذي يبين الصلة بين الجوائح ونظرية الظروف الطارئة من حيث إن الجائحة تعتبر ظرفاً طارئاً، ومن حيث الاشتراك في التأصيل الفقهي، ومن حيث التشابه في الشروط والآثار.

ويحسن بنا في هذا المقام أن نختم بخاتمة تصلح أن تكون خلاصة للباب كله، توضح الصلة بين كل من نظرية الضرورة الشرعية والجوائح ونظرية الظروف الطارئة، إذا اعتبرنا أن الجائحة سبب للضرورة، فتكون الصلة بَيِّنة بين الضرورة والتي من تطبيقاتها الجائحة والعذر في الإجارة وتقلب قيمة النقود، وبين نظرية الظروف الطارئة.

يمكننا القول بأن نظرية الضرورة بتطبيقاتها الثلاثة الآنفة الذكر تعتبر نظرية فسيحة المدى، خصبة النتائج، تتسع لنظرية الظروف الطارئة، وتشابهها في معايير التطبيق التي أساسها الضرر الذي يقع على أحد المتعاقدين ، مما يجلي فكرة العدالة التي قامت عليها النظرية.

وقد تختلف مع نظرية الظروف الطارئة في معايير أخرى غير معيار الضرر، وسأذكر بإيجاز هذا التوافق والاختلاف في النقاط التالية:

أولاً : مبدأ الجوائح : حيث يعتبر في تطبيقه قريباً من نظرية الظروف الطارئة، حيث إن الجائحة تعتبر ظرفاً طارئاً يصيب محل العقد وهو الثمار المبيعة، وهو – كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة – حادث استثنائي لا يستطاع دفعه، خارج عن حدود المألوف، ومن شأنه أن يقلب اقتصاديات العقد .

إلا أنه في نظرية الظروف الطارئة يختلف شرط الاستثنائية عن الجائحة في أن مفهومه أوسع في نظرية الظروف الطارئة ، فلا يشترط في هذه النظرية أن يكون الحادث الاستثنائي قد وقع نتيجة آفة سماوية ولا يستطاع دفعها، بل قد يكون ناجماً عن صدور تشريع جديد.

كذلك يختلف في نظرية الظروف الطارئة شرط العمومية ، فلا يكفي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث الاستثنائي الذي وقع خاصاً بالمدين وحده مهما كانت فداحته، أو خاصاً بقلة من الناس، بل لابد أن يكون الحادث عاما، ويكفي في ذلك أن يكون المدين قد شارك غيره من جمهور الناس في كونه ضحية الحادث الذي وقع.

وهذا بخلاف الجائحة التي لا يشترط أن تكون عامة، بل الأدلة الآمرة بوضع الجوائح تدل على أن الحادث وقع في قضية فردية وليست عامة.

كذلك تختلف الجوائح عن نظرية الظروف الطارئة في أنها لم توجب إزالة الإرهاق وتوزيعه بين المتعاقدين كما قررته بعض القوانين في بعض الدول العربية، وكذلك لم توجب الفسخ كما قررته القوانين في بعض الدول العربية، والذي قررته إنما هو تحميل الضرر لأحد المتعاقدين وهو البائع.

ثانياً : مبدأ الأعذار في الإجارة : يتفق هذا المبدأ مع نظرية الظروف الطارئة في أن كلا منهما يفترض وقوع أمر مفاجئ لم يكن متوقعا عند إبرام العقد، وأن هذا الأمر لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ، بل يجعله مرهقاً.

كذلك يتفقان في معيار الضرر، فالجامع بينهما هو إزالة الضرر والتخفيف من آثاره، وهو ما تؤيده فكرة العدالة.

وهناك بعض الاختلاف بينها، حيث إن مبدأ العذر قد توسع في تفسير العذر توسعاً كبيراً ، حتى شملت كون الحادث الطارئ غير متوقع عند العقد، مثل عدول

أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما تعاقد عليه إذا بدا له أن المصلحة التي كان يؤملها منه أقل من الضرر الذي يلحقه من جراء تنفيذ العقد.

وكذلك شملت كون التنفيذ أصبح مستحيلاً لا مرهقاً، مثل مثالهم في استحالة التنفيذ كشفاء المريض الذي اتفق مع طبيب على معالجته.

ومن الاختلاف أيضا اشتراط كون الحادث الطارئ غير المتوقع مما لا يستطاع دفعه، وهذا الشرط متوفر في نظرية الظروف الطارئة، إلا أنه ليس كذلك في مبدأ الأعذار في الإجارة، فقد مثل الأحناف للأعذار بتبديل الحرفة، والانتقال إلى بلد الآخر، وهذان الأمران يمكن دفعها .

كذلك يظهر الفرق بوضوح في المحل الذي يقع عليه الظرف الطارئ، فهو في نظرية الظروف الطارئة محل الالتزام ذاته كارتفاع سعر ما تعهد المتعاقد بتوريده، أو إصابة المزروعات في الأرض المستأجرة للزراعة بآفة عامة غير متوقعة، أما في مبدأ الأعذار فالمحل هو غالباً فيما يصيب أحد المتعاقدين من حادث يجعله متضرراً من تنفيذ العقد، مع بقاء محل العقد سليما غير متأثر بذلك الحادث. فالمحل ليس دائما هو ما يقع عليه الحادث الطارئ.

ولذلك مثلوا بالمؤجر الذي لحقه دين، أو الذي آجر نفسه لعمل لا يحترفه وكان مما يعاب به، والمستأجر الذي أفلس أو أراد الانتقال إلى بلد آخر، أو بدل حرفته، ففي كل هذه الأمثلة يحق الفسخ للجميع بسبب العذر، مع أن محل العقد وهو الإيجار ظل سليماً لم يتأثر بشيء من هذه الأسباب.

ومع أن فقهاء الأحناف قد أدخلوا في الأعذار مما يقع على محل العقد وينشأ من تنفيذه ضرر لأحد المتعاقدين ، كزوال المرض في التعاقد مع الطبيب، ونحوها من الأمثلة، إلا أن هذا النوع من الأعذار يقوم على استحالة التنفيذ، ولذلك فهو يبتعد عن مفهوم الحادث الطارئ غير المتوقع الذي يجعل تنفيذ العقد

هي من قواعد نظرية الضرورة التي قامت على مبدأ العدالة.

وهذا الرأي هو الذي أخذ به فقهاء القانون كما بينا من رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[١].

وبهذا التفصيل الموجز يظهر لنا جليا الصلة الظاهرة بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية الضرورة الشرعية بأمثلتها الثلاثة.

وخلاصة القول أن إنقاص الثمن بالجوائح في بيع الثمار، وفسخ الإجارة بالأعذار، وكساد الأوراق النقدية أو انقطاعها المستوجب لبطلان البيع، كلها تعتبر أمثلة واقعية لنظرية الظروف الطارئة تطبيقاً لمبدأ العدالة ومراعاة لما يجب من توفر التعادل والتوازن في الالتزامات وتنفيذها[٢].

وتحقيقاً لقواعد الشريعة العامة القاضية بدفع الضرر عن المتضرر وإيصال الحقوق لمستحقيها دون حيف أو ظلم مصداقا لقوله تعالى: «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل»[٣].

وهذا كله يؤكد أسبقية الفقه الإسلامي لغيره من القوانين، وأنه جاء لتحقيق المصلحة ودفع المضرة، ويشهد لذلك ما قرره الفقيه الفرنسي الأستاذ لامبير في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بمدينة لاهاي سنة ١٩٣٢ حيث قال: (إن نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام، في نظرية الظروف المتغيرة، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الانجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية

(١) انظر نظرية الظروف الطارئة د. الترمانيني (٨٦ – ٨٧) .

(٢) نظرية الضرورة الشرعية د. الزحيلي (٣٢٨ – ٣٢٩).

(٣) سورة النساء : اية ٥٨ .

التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة)[1].

وبهذا أثبت الفقيه الفرنسي لامبير تقارب الأصل التاريخي بين نظرية الظروف الطارئة التي تبنتها القوانين العربية، وبين قواعد الفقه الإسلامي وأصوله والتي منها نظرية الضرورة الشرعية بتطبيقاتها الثلاثة: الجوائح في بيع الثمار، والأعذار في الإجارة، وتقلب قيمة النقود، مما يؤكد سبق الفقه الإسلامي في تقعيد القواعد ووضع الضوابط الدقيقة التي تعود بالنفع والمصلحة على جميع أطراف العقد، والتي تقوم على أساس عظيم ومبدأ راسخ ألا وهو مبدأ العدالة.

(١) مقدمة القول الواضح (٢٨) ونظرية الظروف الطارئة د. الترمانيني (١٠٦ – ١٠٧

الباب الرابع
أمثلة تطبيقية لبعض الجوائح المعاصرة

أتكلم في هذا الباب عن بعض الجوائح المعاصرة والتي تفرعت أشكالها وصورها في زمننا الحاضر بسبب التقدم الحضاري المذهل، مما يوجب البحث في هذه الجوائح وإيجاد الحلول الشرعية لها .

وأبدأ بتمهيد أبين فيه أهمية دراسة الجوائح المعاصرة وطبيعتها وكيفية استمداد أحكامها ثم أشرع في الفصول التالية :

الفصل الأول : جوائح ارتفاع الأسعار

الفصل الثاني : جوائح تدخل الحكومة

الفصل الثالث : جوائح البيئة

الفصل الرابع : جوائح الحظر

* **تمهيد :**

إن المتتبع لما سطره وبحث فيه فقهاء الإسلام السابقين وخصوصاً المالكية يجد النظرة الواسعة والفهم الثاقب الذي امتازوا به، وهم في زمن لم يتيسر لهم ما تيسر لنا في العصر الحاضر مما أنتجته الحضارة المعاصرة من تقدم ورقي في كثير من مجالات الحياة، ويجد أيضا أن الفقهاء السابقين لم يجمدوا على فتاوى خاصة أو مسائل لا فائدة منها، بل توسعوا في ذلك كله.

ففقهاء المالكية مثلا لم يقفوا في تطبيقاتهم لمبدأ الجوائح عند حد بيع الثمار، بل توسعوا في ذلك حتى شملت تطبيقاتهم أجرة الأراضي الزراعية، وعدوا استمرار الجفاف أو الفيضان في مجال أجرة الأراضي الزراعية حالة من حالات القوة القاهرة، أو الحوادث الطارئة، تؤدي بالتالي إلى تخفيض معقول من قيمة الأجرة[١].

وبهذا يمكن أن يتوسع الفقيه أكثر في مجال تطبيق مبدأ الجوائح ليشمل جوانب عديدة وجديدة تتعلق بالحقوق والالتزامات العقدية.

فقد يطرأ بعد إبرام عقود التعهد وغيرها من العقود المستمرة، وذات التنفيذ المتراخي في مختلف المجالات المالية والاقتصادية من تبدل مفاجئ في الظروف والأحوال ، يؤثر تأثيراً كبيراً في ميزان التعادل الذي بنى عليه الطرفان المتعاقدان حساباتهما فيما يعطيه العقد لكل منهما من الحقوق، وما يحمله إياه من التزامات، مما يسمى في العرف التعاملي اليوم بالظروف الطارئة، أو الحوادث المفاجئة أو غير المتوقعة ، ولا يمكن دفعها أو تفاديها في الحقيقة وواقع الأمر.

وأمثلة ذلك من الواقع المعاصر كثيرة جداً سيأتي الحديث عنها، نذكر مثالاً

---

(١) انظر البهجة شرح التحفة (٢/١٦٢).

واحداً، وهو ما لو تعاقد مقاول بناء مع جهة عامة على إنشاء عمارات سكنية ذات طوابق عالية، يحتاج إنشاؤها إلى مدة طويلة من الزمن، وحدد في العقد سعر المتر المكعب من البناء وكسوته بمبلغ مائة دينار مثلا، وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وأسمنت وخشب وأجور عمال وغيرها تبلغ عند العقد للمتر الواحد ثمانين ديناراً، فوقع حادث طارئ كحصار مفاجئ أو حظر للمواد ونحو ذلك من الحوادث الطارئة غير المتوقعة، وذلك خلال تنفيذ العقد، مما أدى إلى قطع الاتصالات واستيراد المواد ذات الصلة بعملية البناء، وارتفعت الأسعار لذلك ارتفاعا فاحشاً مما جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً جداً.

فلابد أن يحكم في هذه القضية حكماً على مقتضى العدل ووفق القواعد الشرعية المقررة.

والملاحظ أن البحث في الجوائح المعاصرة ليس أمراً سهلاً أو عادياً، بل يحتاج إلى مزيد بحث وعناية من فقهاء الإسلام، وذلك لكثرة الأمثلة الواقعية في هذا العصر.

ومما يزيد من أهمية الموضوع أن العصر الذي نعيش فيه قد تميز بعقود ذات قيمة مالية عالية تقدر بالملايين، كالتعهد مع الحكومات في شق الطرق الكبيرة، وفتح الأنفاق في الجبال، وبناء المجمعات الإدارية والسكنية، والمستشفيات والجامعات، وكذلك المقاولات التي تعقد مع مؤسسات وشركات كبرى لبناء مصانع ضخمة، وغير ذلك من المشروعات الكبرى التي لم تكن موجودة في العصر الماضي، وانتشرت بشكل رهيب في عصرنا الحاضر.

وهذا يجرنا إلى تساؤل : هل يبقى المتعاقد الملتزم على حدود عقده وأسعاره قبل تبدل الظروف وطروء التغيرات الكبيرة، مما ينتج عنه خسارة فادحة في حقه، تمسكاً بمقتضى العقد وحدوده في الأسعار والكميات، أو أن هناك مخرجاً

وعلاجاً في فقه هذه الشريعة السمحة القائمة على مبدأ العدالة ورفع الضرر والحرج عن الناس، مما يحقق الإنصاف والعدل بقدر الإمكان بين الطرفين؟[١].

ومما يجدر التنبيه عليه أن مجمع الفقه الإسلامي تعرض لمشكلة التغيير المفاجئ في الظروف والأحوال، وذلك بالنسبة للعقود المستمرة والمتراخية التنفيذ، وما يترتب على ذلك من خلل في ميزان التعادل فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات بين الطرفين المتعاقدين.

واستعرض المجمع هذه المشكلة بعرض صور واقعية لهذه المشكلة: منها المثال السابق الذكر ومنها مثال آخر : وهو أن يتعهد متعهد في عقد توريد أرزاق عينية يومية من لحم وجبن ولبن وبيض وخضروات وفواكه ونحوها إلى مستشفى أو إلى جامعة فيها أقسام داخلية، أو إلى دار ضيافة حكومية، بأسعار اتفق عليها في كل صنف لمدى عام.

فحدثت جائحة في البلاد أو طوفان أو فيضان أو زلزال، أو جاء جراد جرد المحاصيل الزراعية، فارتفعت الأسعار إلى أضعاف كثيرة عما كانت عليه عند عقد التوريد، إلى غير ذلك من الأمثلة المتصورة في هذا المجال.

وقد نظر مجلس المجمع في النظائر الفقهية ذات الصلة بهذا الموضوع من فقه المذاهب، واستعرض قواعد الشريعة ذات العلاقة مما يستأنس به ويمكن أن يوصى بالحكم القياسي والاجتهاد الواجب فقها في هذا الشأن، كما رجع إلى آراء الفقهاء ووجد أمثلة لذلك منها :

١ - ما ذكره فقهاء الأحناف من أن الإجارة يجوز فسخها بالطوارئ العامة التي يتعذر فيها استيفاء المنفعة كالحرب والطوفان ونحو ذلك، بل أنهم يسوغون

---

(١) انظر مقدمة القول الواضح (٥٨ - ٦٠)

فسخ الإجارة بالأعذار الخاصة بالمستأجر.

٢ - وما ذكره ابن رشد عن مالك في أرض المطر[١] إذا كريت فمنع القحط من زراعتها، أو إذا زرعها المكتري فلم ينبت الزرع بسببه، أن الكراء ينفسخ وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكترى من زرعها[٢].

٣ - وما ذكره الفقهاء في الجوائح التي تجتاح الثمار المبيعة على الأشجار بالأسباب العامة كالبرد والجراد وشدة الحر والأمطار والرياح، ونحو ذلك مما هو عام، حيث يقررون سقوط ما يقابل الهالك بالجوائح من الثمن.

٤ - وما ذكره ابن تيمية أن من استأجر ما تكون منفعة إجارته لعامة الناس، مثل الحمام والفندق فنقصت المنفعة المعروفة لقلة الزبون أو لخوف أو حرب أو تحول سلطان ونحوه، فإنه يحط عن المستأجر من الأجر بقدر ما نقص من المنفعة[٣] . وذكر ابن قدامة نحوه[٤].

٥ - وما ذكره الكاساني من أن الفسخ في الحقيقة امتناع من التزام الضرر، وأن إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقد والشرع، لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلا لقلعها، فسكن الوجع يجبر على القلع، وهذا قبيح عقلاً وشرعاً[٥].

٦ - وما ذكره فقهاء المذاهب في حكم الأعذار الطارئة في المزارعة والمساقاة والمغارسة، مما فيه شبه بالإجارة.

---

(١) أي الأرض البعلية التي تشرب من ماء السماء فقط.

(٢) بداية المجتهد ٢/٢٧٧.

(٣) مختصر الفتاوى ٣٧٦

(٤) المغني ٥/٢٦٤.

(٥) بدائع الصنائع ٤/١٩٧ .

٧ – ومـاذكره الفقهاء من قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضـرر ولا ضـرار»[١]، إذ اتخذوا من قوله هذا قاعدة فقهية اعتبروها من دعائم الفقه الكبرى الأساسية، وفرعوا عليها أحكاما لا تحصى في دفع الضرر وإزالته في مختلف الأبواب.

ثم ذكر المجلس أنه لاشك أن العقد الذي يعقد وفقاً لنظامه الشرعي يكون ملزماً لعاقديه قضاء عملاً بقوله في كتابه العزيز : « **ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**»[٢]، ولكن قوة العقد الملزمة ليست أقوى من النص الشرعي الملزم للمخاطبين به كافة، وقد وجد المجمع في مقاييس التكاليف الشرعية، ومعايير حكمة التشريع أن المشقة لا ينفك عنها التكليف عادة بحسب طبيعته، إلا إذا جاوزت الحدود الطبيعية للمشقة المعتادة في كل تكليف بحسبه، فإنها عندئذ تسقطه أو تخففه.

ويتضح من هذا أن المشقة المرهقة بالسبب الطارئ الاستثنائي توجب تدبيراً استثنائيا يدفع الحد المرهق منها.

ويتضح من ذلك أيضا أن الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة لا تأثير لها في العقود، لأنها من طبيعة التجارة وتقلباتها التي لا تنفك عنها، ولكنها إذا جاوزت المعتاد المألوف كثيرا بمثل تلك الأسباب الطارئة الآنفة الذكر، توجب عندئذ تدبيراً استثنائياً.

ثم ذكر المجمع أن قصر العاقدين إنما تكشف عنه وتحدده ظروف العقد، وهذا القصر لا يمكن تجاهله والأخذ بحرفية العقد مهما كانت النتائج، فمن القواعد المقررة في فقه الشريعة أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ

---

(١) تقدم تخريجه ص ٤٤

(٢) سورة المائدة : آية ١

والمباني[١].

وأنه لا يخفى أن طريق التدخل في مثل تلك الأحوال المعروضة آنفاً في العقود المتراخية التنفيذ لأجل إيجاد الحل العادل الذي يزيل الجور إنما هو من اختصاص القضاء[٢].

ولذلك وفي ضوء ما سبق يقرر المجمع ما يلي :

١ - في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلا غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانبا معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة الثقات.

٢ - ويحق للقاضي أيضا أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الامهال[٣].

---

(١) انظر القاعدة في : درر الحكام ٢١/١ مادة (٣) والأشباه والنظائر للسيوطي(١٦٦).

(٢) انظر مجلة البحوث الفقهية المعاصرة (٢٠٢ - ٢٠٥) - العدد الثالث من السنة الأولى ١٤١٠هـ.

(٣) انظر نص الفتوى في مجمع مجلة الفقه الإسلامي عدد (٢) ١٤٠٨هـ ص (٢٢٣) .

وهذه الفتوى من مجمع الفقه الإسلامي مستمدة من أصول الشريعة، المحققة للعدل الواجب بين طرفي العقد، والمانعة للضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لا يد له فيه، وقد أوجدت حلاً مناسبا، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها، وهي تفتح باباً واسعاً للاجتهاد في القضايا المستجدة المعاصرة.

ويلاحظ أن الفتوى قد استندت في قرارها إلى كثير من تطبيقات مبدأ الجوائح ، وما تفرع عليه من قواعد مقررة، مما يؤكد شمول مفهوم الجوائح ، وأنه ليس خاصا بالجوائح التي تصيب الثمار فقط، بل تتعداه إلى جوائح العقود والالتزامات التي كثرت صورها وتطبيقاتها في عصرنا الحاضر، مما يوجب البحث فيها واستنباط الأحكام الشرعية، وإيجاد الحلول الشرعية لتلك الجوائح.

هذا وإن من المهم أن نبين من خلال هذه الفتوى، ومن خلال ما استعرضناه في هذه الرسالة أن هذه الجوائح المعاصرة لابد أن تستمد أحكامها من النصوص الشرعية الآمرة برفع الحرج ورفع الضرر ودفعه، والتخفيف عن المكلف المتضرر بالمشقة المتحققة.

ثم من القواعد العامة المقررة والتي سبق ذكرها ومنها :

١ – قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » .

٢ – وقاعدة « المشقة تجلب التيسير » .

٣ – وقاعدة « إنظار المعسر إلى ميسرة » .

٤ – وقاعدة « تلف المبيع قبل التمكن من القبض يبطل العقد » .

٥ – وقاعدة : « فسخ الإجارة عند تعذر استيفاء المنفعة » .

وغيرها من القواعد المقررة التي مدارها على العدل وإعطاء كل ذي حق حقه دون حيف أو ظلم .

وأود أن أنبه أن هذا الباب إنما هو أمثلة تطبيقية أعرضها عرضاً دون النظر

فيمن وقعت عليه سواء في بلد الكفار أو بلد المسلمين، أو بين المسلمين أو بين الكفار وغيرهم، ثم أبين الحكم الشرعي لهذه الواقعة وهو المقصود، وليس المقصود وضع الحلول الجذرية لهذه المشاكل والقضايا المعقدة، فهذا مما يجب على فقهائنا ومجتهدينا ، أن يبذلوا الوسع في الاجتهاد والنظر والتدقيق في هذه القضايا المعاصرة، والخروج بنتيجة عادلة شرعية تكون حلاً ناجعاً للمستجدات في هذا العصر وما ذلك على الله بعزيز .

الفصل الأول

« جوائح ارتفاع الأسعار »(١)

هناك الكثير من الجوائح المتعلقة بارتفاع الأسعار، حيث يؤثر ارتفاع الأسعار في سوق العمل في كثير من العقود المبرمة بين الطرفين المتعاقدين، فيعتبر هذه الارتفاع في الأسعار أمراً مفاجئاً وطارئاً على العقد وجائحة مؤثرة في العقد لم يكن في الحسبان وقوعه فما هو الحل الشرعي لمثل هذه الجوائح؟ هذا ما سأحاول بيانه في المباحث التالية:

المبحث الأول: عجز الشركة عن الوفاء بالالتزام بسبب ارتفاع الأسعار.

المبحث الثاني: توقف المقاول عن العمل بسبب ارتفاع الأسعار.

المبحث الثالث: وقف استيراد السلعة بسبب ارتفاع الأسعار.

---

(١) من أشهر الجوائح التي مرت بها دولة الكويت جائحة سوق المناخ في بداية الثمانينات وهو سوق الأوراق المالية، حيث انخفضت قيمة الأسهم بشكل مفاجئ ورهيب حتى أحدثت هزة اقتصادية كبرى في البلاد، وحصلت بسببها آثار اقتصادية فادحة سببت خسارة وإفلاس كثير من المستثمرين. فتأثر سوق الأغذية تأثراً بالغاً وأصبح في نزول مستمر أدى إلى انخفاض الواردات إلى البلاد بمعدلات تراوحت مابين ٢٥ – ٥٠٪ . وتأثر سوق الملابس الجاهزة بشكل كبير، حتى أن حركة التجارة داخل السوق تأثرت ووصلت في بعض الأنواع إلى ٥٠٪ . وتأثر سوق السيارات حتى قل الطلب على السيارات الكبيرة مما أدى إلى خسارة كثير من مكاتب السيارات، وتأثر العقار حيث تم التحفظ على كثير من المشترين بسبب عدم وفائهم لمديونياتهم ممن لديهم شيكات عقارية وتستحق الدفع الآجل. وغيرها من التأثيرات البالغة بالاقتصاد الكويتي. انظر الكويت وأزمة سوق المناخ لعلي حسن الحمداني (١٣٢ – ١٣٥).

« المبحث الأول »

عجز الشركة عن الوفاء بالالتزام بسبب ارتفاع الأسعار

عقب نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعاً فاحشاً، لدرجة أن وجدت شركة الإضاءة لمدينة بوردو أن الأسعار التي تتقاضاها أبعد كثيراً من أن تغطي نفقات الإدارة، ولهذا تقدمت الشركة للسلطة مانحة الالتزام طالبة رفع تلك الأسعار، ولكن تلك السلطة رفضت، وتمسكت بتنفيذ عقد الالتزام ، بناء على أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن تنفيذ التزام الشركة لم يصبح مستحيلاً، لأن الفحم ولو أن أسعاره قد ارتفعت فإنه موجود.

وانتهى المطاف بالشركة والسلطات الإدارية إلى مجلس الدولة، فإذا به يقرر مبدأ جديداً مستمداً من قاعدة دوام سير المرافق العامة، مقتضاه أنه إذا جدت ظروف لم تكن بالحسبان، وكان من شأنها أن تزيد الأعباء الملقاة على عاتق الملتزم إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالا جسيماً، فللملتزم الحق في أن يطلب من الإدارة – ولو مؤقتا – المساهمة إلى حد ما في الخسائر التي تلحق به[١].

وهذا الحكم قد راعاه مجلس الدولة الفرنسي، إذ أنه لو طبق القواعد المدنية على إطلاقها لحصل ضرر ومفسدة عظيمة، ولترتب على ذلك توقف الملتزم في نهاية الأمر عن تنفيذ ما التزم به في العقد، لعجزه عن إدارة المرفق بسبب زيادة التكاليف من الدخل زيادة باهظة، ولو تم ذلك لكان المنتفعون هم أول من يتضرر لتوقف المرفق عن أداء الخدمات التي عولوا عليها في ترتيب أمور حياتهم[٢].

---

(١) الوسيط ٦٣٩/١ ، والأسس العامة (٦٦١).

(٢) الأسس العامة (٦٦٣) وآثار الظروف الطارئة (٣٥).

*** الحكم الشرعي :**

هذا الحادث الطارئ الذي عالجه فقهاء القانون ، يعتبر جائحة من الجوائح، وذلك لسببن اثنين :

الأول : أنه حادث مفاجئ وغير متوقع، ولم يكن في الحسبان وقوعه.

الثاني : أنه لا يمكن دفعه والاحتراس منه .

وارتفاع الأسعار وانخفاضها يعتبر جائحة من الجوائح كما ذكرنا نصاً عن ابن حزم في ذلك حيث يقول : (والخسارة لانحطاط السعر جائحة بلا شك)(١).

وقد حصل ضرر شديد على الشركة المتعهدة بتنفيذ الالتزام، حيث لا تستطيع تنفيذ التزامها على الوجه المطلوب بسبب ارتفاع الأسعار، ويحدث لها ضرر في دفع الأجور للعمال وشراء ما يحتاج إلى شرائه من معدات وغيرها مما يستلزمه العمل، فكل ذلك واقع على الشركة المتعهده التي ستخسر كثيراً بسبب هذا الظرف الطارئ الذي لم يكن بالحسبان توقعه، كما لا يمكن دفعه.

فإلزام الشركة بمواصلة عملها بهذا الإرهاق والمشقة والضرر المتحقق هو إلزام بغير وجه حق، وظلم عليها ، فلا يجوز الاستمرار في تنفيذ العقد مع وقوع هذا الضرر البين، ولذلك كان الشبه واضحاً بين حالة هذه الشركة وحالة وضع جوائح الثمار المبيعة، حيث لا يمكن للمشتري إمضاء عقد البيع الواقع على الثمار المبيعة لوقوع الضرر عليه بسبب الجائحة التي أتلفت مبيعه، والذي الاستمرار فيه، فيه ظلم للمشتري وأخذ ماله بغير وجه حق، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم لمن باع ثمره ثم أصابته الجائحة: «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»(٢).

---

(١) المحلى ٨/٣٨٥ .

(٢) تقدم تخريجه ص ٢٠ .

وبناء على ما سبق فإنه يجب على السلطة مانحة الالتزام للشركة ما يلي :

أولاً : المساهمة في الخسائر التي لحقت بالشركة المعنية، وذلك بتعويضها الفرق الحاصل بسبب زيادة الأسعار ، فتشترك السلطة مع الشركة في تحمل الخسارة والإرهاق الحاصل من هذه الجائحة ، فيتوزع الضرر على كل من المتعاقدين.

ثانيا : إن لم تتحمل السلطة دفع فروق الأسعار الحاصل بسبب جائحة ارتفاع الأسعار، فإنه يجب عليها أن تعطي الشركة وقتاً مناسباً مرناً حتى تعود الأسعار إلى وضعها الطبيعي، ولا تلزمها بالمضي في تنفيذ العقد.

ثالثاً : إن لم يحصل هذا الإنظار والإمهال للشركة فيجب عندئذ فسخ العقد فيما بقي منه لتعذر إكمال التنفيذ بسبب خارج عن إرادة المتعهد، فهو معذور في ذلك، وهذا فيه شبه بما ذكره فقهاء الأحناف في الأعذار في الإجارة حيث يفسخ العقد إذا تعذر استيفاء المنفعة. والله أعلم.

« المبحث الثاني »

توقف المقاول عن العمل بسبب ارتفاع الأسعار

تعهدت إحدى المؤسسات التي تعنى بالشئون المعمارية أن تقيم مبنى للحكومة وفق مواصفات ومقاييس معينة يتم الاتفاق عليها.

وقد حُرر العقد بين المقاول وبين الحكومة وفق الشروط والضوابط المعروفة في إبرام هذا النوع من العقود.

وقد بدأ المقاول عمله في بناء هذا المبنى الحكومي، وفي أثناء عملية البناء حصل حادث طارئ أدى إلى ارتفاع أسعار بعض مواد البناء ارتفاعاً فاحشاً[١]، بل وندرتها في السوق، فطلب المقاول من الحكومة تحديد فترة العقد حتى تعود الأسعار إلى وضعها الطبيعي، أو أن يفسخ العقد فيما تبقى منه، مع تسوية ما سبق مع الحكومة بحسب ما يرضي الطرفين، فطلب المقاول من القاضي إنما هو تعديل العقد بما يتناسب مع الأسعار الجديدة التي ارتفعت ارتفاعاً فاحشاً.

عالج فقهاء القانون هذه القضية بأن يوقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون ارهاق، إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى وهو الحكومة.

كما أن القاضي قد يرى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، ومثال ذلك أن يتعهد تاجر بأن يورد ألف إردب[٢] من الشعير بسعر ستين قرشاً للإردب، فيرتفع السعر إلى أربعة جنيهات، فيرفع القاضي السعر الوارد في العقد.

---

(١) انظر الوسيط ١/٦٤٦ – ٦٤٧ .

(٢) الإردب : مكيال ضخم وهو أربعة وعشرون صاعاً، والصاع أربعة أمداد ويساوي ١٥٠ كيلو غراما. معجم لغة الفقهاء (٥٤).

وهنا يلاحظ أمران كما يقول السنهوري:

الأول : أن القاضي لا يرفع السعر الوارد في العقد إلى أربعة جنيهات ، وإلا كان في ذلك تحميل للطرف الآخر ليس فحسب قيمة الارتفاع الفاحش للأسعار بأكمله، بل أيضا تبعة الارتفاع المألوف، والأصل أن الارتفاع المألوف للأسعار يتحمله المدين، كما يتحمل الدائن انخفاض الأسعار المألوف.

فإذا فرضنا في المثل الذي نحن بصدده أن الارتفاع المألوف في سعر الشعير هو عشرون قرشاً، وجب أن يتحمل المتعهد هذا المقدار دون أن يشترك معه فيه الطرف الآخر، ومازاد على ذلك - وهو كما في المثال ثلثمائة وعشرون قرشا - هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضي بين المتعاقدين ، حتى يتحمل كل منهما نصيبه في الخسارة غير المتوقعة، فيصيب المتعهد منه مائة وستون قرشاً، ويرفع القاضي السعر ومقداره ستون، بنصف الزيادة غير المألوفة، ومقداره مائة وستون، فيصل إلى مائتين وعشرين، وعلى الطرف الآخر أن يدفع للتاجر هذا السعر المعدل بدلا من السعر المتفق عليه.

الثاني : أن القاضي عندما يرفع السعر من ستين إلى مائتين وعشرين، لا يفرض على الطرف الآخر أن يشترى بهذا السعر، بل يخيره بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد، فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين، إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ(١).

ويلاحظ من هذه المعالجة القانونية أن القاضي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ووزع الضرر بين طرفي العقد بما يكفل مبدأ العدالة بين المتعاقدين.

---

(١) الوسيط (٦٤٧)

* **الحكم الشرعي :**

هذا الحادث يعتبر جائحة من الجوائح لأنه لا يستطاع دفعه أو رده، ولم يكن في الحسبان توقعه عند إبرام العقد، كما أنه تسبب بخسارة فادحة للمقاول منعته من المضي في إكمال تنفيذ العقد.

ولذلك وجب الحكم في هذه القضية بالعدل بين المتعاقدين دون وقوع الضرر على أحدهما، أو على الأقل توزيع الضرر بنيهما بما يكفل مبدأ العدالة.

ولذلك ينبغي وضع هذه الجائحة بأن ترفع قيمة العقد المبرم بين المقاول والحكومة، وذلك بقدر ما زاد من الأسعار، وهذا من تمام العدل، لأنه من الظلم الاستمرار في العقد كما هو ، لأن في ذلك ضرراً فاحشاً على المقاول حيث ستزيد عليه أعباء أجور العمال والمواد دون عوض في المقابل، وهذا من أكل أموال الناس بالباطل، وقد قال الله تعالى: «**ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل**»[١].

ولذلك وجب على القاضي أن يحكم بتمديد مدة تنفيذ العقد بقدر ما أعاقته الجائحة، وحتى تعود الأسعار إلى وضعها الطبيعي، وهذا من باب قوله تعالى: «**فنظرة إلى ميسرة**»[٢]، فينظر المقاول إلى ميسرة حتى تعود الأسعار إلى قيمتها وقت إبرام العقد، وهذا من التيسير الذي أمر الله به «**يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر**»[٣]، والمقاول معسر فلابد من إنظاره إلى وقت الميسرة.

وحتى لا يكون هناك ظلم على الطرف الآخر فيتضرر من جراء هذا الأنظار، وتمديد مدة العقد، وخصوصاً أنه لا يعلم متى تعود الأسعار إلى وضعها

---

(١) سورة البقرة : آية ١٨٨ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٨٠ .

(٣) سورة البقرة : آية ١٨٥ .

الطبيعي، فإنه يحق للقاضي أن يفسخ العقد فيما تبقى منه، ضماناً لحق الحكومة وكذلك المقاول، وهذا فيه شبه من الإجارة حيث تفسخ إذا تعذر استيفاء المنفعة المعقود عليها. والله أعلم.

« المبحث الثالث :
وقف استيراد السلعة بسبب ارتفاع الأسعار

تعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية، ثم يقل المتداول في السوق من السكر إلى حد كبير بسبب حادث طارئ أدى إلى ارتفاع أسعار السكر بشكل فاحش، وغير متوقع، فأصبح من العسير على التاجر أن يقوم بتنفيذ ما تعهد به، ولم يستطع أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها بسبب ارتفاع السعر المفاجئ الذي لم يكن في الحسبان.

ذكر فقهاء القانون في هذه القضية أنه يجوز للقاضي في هذه الحالة أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذي يراه مناسبا، حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول، فإذا فعل ذلك أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكميات التي عينها القاضي لا أكثر، وجرى حكم العقد بهذا التعديل بين الطرفين.

فيجوز لمصنع الحلوى أن يتقاضى الالتزام عيناً أو تعويضاً طبقاً للقواعد العامة، ويجوز له كذلك إذا امتنع التاجر من تنفيذ التزامه المعدل أن يطلب فسخ العقد مع التعويض(١).

ويلاحظ أن القاضي في حالتي إنقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف، فقد يزول أثر الحادث الطارئ فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان في الأصل(٢).

---

(١) نظرية الظروف الطارئة د. منصور نصر (٤٩٤) والنظرية العامة للالتزام (٢٢٢) .

(٢) الوسيط (٦٤٨) .

وقد اختلف فقهاء القانون – كما سبق بيانه – في جواز فسخ العقد من قبل القاضي، فقال البعض: إذا جاز للقاضي أن يقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد في الالتزام المقابل، فإنه لا يجوز له فسخ العقد، لأن الالتزام المرهق يبقى ولا ينقضي، ولكن يرد إلى الحد المعقول، فتتوزع بذلك تبعة الحادث الطارئ بين طرفي العقد ولا يتحملها أحدهما وحده بفسخ العقد.

وأما البعض الآخر فأجاز للقاضي أن يفسخ العقد إذا رأى ضرورة لذلك مع عدم الإضرار بالطرفين : التاجر والمصنع(١).

* **الحكم الشرعي :**

هذا الحادث وهو ارتفاع سعر السكر المفاجئ يعتبر جائحة من الجوائح لأنه لم يكن في الحسبان توقعه وقت إبرام العقد، كما لا يستطاع دفعه، وقد تسبب بخسارة فادحة على التاجر دفعته إلى أن يكون عاجزاً عن القيام بتنفيذ العقد المبرم إلا بخسارة فادحة تثقل كاهله وتهدده بخسارة كبيرة .

وإلزام التاجر بتنفيذ العقد في هذه الحالة فيه ضرر كبير عليه، وقد قال

---

(١) من القضايا المشابهة لهذه القضية ما أخذت به المحكمة الإدارية العليا الفرنسية في حكمها الصادر في ٩ يونية ١٩٦٢م. فقد توقفت الشركة المتعاقدة عن توريد الزئبق لارتفاع أسعاره ، فتولت الإدارة الشراء على حسابها بالأسعار المرتفعة ، فقضت المحكمة بأن هذا الشراء على حساب الشركة يفترض استمرار العقد منتجاً لآثاره، فيقع على عاتق الشركة غرامة التأخير التي تكبدتها الوزارة في عملية الشراء، وذلك مع تطبيق نظرية الظروف الطارئة. وقررت المحكمة أنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التي أبرم فيها العقد من ارتفاع مفاجئ في أسعار الزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه ، واستمرار هذا الارتفاع طوال مدة التنفيذ ، وما بذلته الشركة من محاولات للحصول على الزئبق بثمن محتمل، وطلباتها المتعددة لأعفائها من التوريد، وقيام الحكومة نيابة عنها بالشراء على حسابها بعد انتظار طويل حتى بلغت الأسعار أقصاها في الارتفاع. انظر الأسس العامة للعقود الإدارية (٦٩٠ – ٦٩١) .

صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»[١].

كما أنه يتحمل مشقة فادحة وحرج كبير جراء وقوع هذا الحادث الطارئ، وقد قال عز وجل: «ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج»[٢]. وقال تعالى: «لا يكلف الله نفساً إلا وسعها»[٣].

واستمرار التاجر في تنفيذ العقد يخالف القواعد الفقهية المقررة القاضية بدفع الضرر والمشقة والحرج كقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» ، وقاعدة «المشقة تجلب التيسير» وقاعدة «الضرر يدفع بقدر الامكان» وغيرها من القواعد.

وعليه فإن على القاضي أن يضع هذه الجائحة عن التاجر، فيرد هذا الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فينقص من كميات السكر المتفق عليها بالمقدار الذي يراه مناسباً، كما ينبغي عليه أن يوزع تبعة هذا الحادث الطارئ على الطرفين فيتحمل المصنع أثر هذا النقص من كميات السكر، ويحق له في المقابل أن يطالب بتعويض عما خسره من جراء هذا الحادث الطارئ.

كما يحق للقاضي في حالة عدم قبول التعديل على العقد من أحد الطرفين أن يحكم بفسخ العقد فيما بقي منه، لأنه لا يمكن المضي في تنفيذ العقد بسبب العذر الشرعي المانع من ذلك، فيصار عندئذ إلى الفسخ الذي هو مقتضى العدالة. والله أعلم .

---

(١) تقدم تخريجه ص ٤٤ .

(٢) سورة المائدة : آية ٦ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٨٦ .

الفصل الثاني
« جوائح تدخل الحكومة »

أذكر في هذا الفصل بعض الجوائح المتعلقة بتدخل الحكومة، فقد يتم التعاقد بين متعاقدين على بيع سلعة أو يكون بينهما عقد آخر كإجارة أو مقاولة أو نحوهما، ثم تتدخل الحكومة في قضية من القضايا أو واقعة معينة مما يسبب لأحد المتعاقدين إرهاقاً وحرجاً غير متوقع لم يكن في الحسبان توقعه، فيطالب بالتخفيف من آثارهذه الجائحة ووضعها عنه، فما الحكم في ذلك ؟

هذا ما سأحاول بيانه في المباحث الآتية :

المبحث الأول : تدخل الحكومة بإغلاق الحدود .

المبحث الثاني : تدخل الحكومة في عقود بحرية .

المبحث الثالث : تدخل الحكومة في القانون الزراعي .

« المبحث الأول »
تدخل الحكومة بإغلاق الحدود

في بداية الستينات حصلت قطيعة بين سورية والأردن لأسباب سياسية مما أدى بكل من حكومة البلدين إلى إغلاق الحدود، فتم إغلاق الحدود بين البلدين، وقد أدى هذا الحادث الطارئ غير المتوقع إلى حدوث مشاكل كثيرة، ومنها ما حصل للملتزم تقديم المواد الغذائية للجيش، حيث كان متعهداً وملتزماً بتقديم المواد الغذائية للجيش، وتعاقد في سبيل ذلك مع شركات غذائية كبرى تؤمن له وتوفر الغذاء اللازم توافره لتوصيله إلى الجيش، فلما حصلت بعض الحوادث الاستثنائية التي لم تكن في الحسبان وأغلقت الحدود بين البلدين، حصل للمتعهد الملتزم بتقديم المواد الغذائية للجيش صعوبات مادية وخسارة فادحة من جراء إغلاق الحدود، فلم يستطع تنفيذ التزامه بسبب إغلاق الحدود، فطالب برد الالتزام المرهق إلى حده المعقول، والتخفيف من آثار خسارته غير المتوقعة[١].

الحكم الشرعي :

هذا الحادث الطارئ الذي حصل بسبب تدخل الحكومة[٢] بإغلاق الحدود

---

(١) انظر نظرية الظروف الطارئة د. الترمانيني (١٤٢).

(٢) من القضايا التي تدخلت فيها الحكومة ما أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٩ يناير ١٨٥٦م في الواقعة التالية، وهي أنه كانت الخدمة العسكرية في ذلك العهد تتم بطريق القرعة، وكان يكتفي آنئذ بعدد قليل من المجندين، وقد تألفت وكالات (agenes) للتأمين على خطر التجنيد لقاء مبلغ مقطوع، فمن وقعت عليه القرعة وكان مؤمنا على نفسه من خطر التجنيد عوضته الوكالة بشخص آخر يقوم مقامه بالخدمة العسكرية. فلما اشتركت فرنسا بحرب القرم (١٨٥٤ – ١٨٥٦) زادت الحكومة في عدد المطلوبين للخدمة العسكرية، وبذلك ارتفع عدد المتعاقدين من =

يعتبر جائحة من الجوائح لأنه غير متوقع الحدوث ولا يستطاع دفعه، وقد أصاب المتعهد بخسارة فادحة من جراء هذه الجائحة، وهو لا يستطيع تضمين أحد حيث إنه من الصعوبة بمكان أن يجابه الفرد دولة بأكملها.

فينبغي أن يخفف من آثار هذه الجائحة عن المتعهد، إما بتعويض ثمن ما خسره من جراء إغلاق الحدود، أو بفسخ العقد فيما تبقى من العقد، أو على الأقل توزيع الضرر بينه وبين الجيش المراد تقديم الغذاء له بأن يتحمل الجيش بعض الخسارة الحاصلة للمتعهد من جراء إغلاق الحدود، أو أن ينتظر حتى تنتهي المشاكل بين البلدين، ويعاد فتح الحدود بينهما، ومن ثم تقديم المتعهد للمواد الغذائية للجيش بثمن أكثر مما سبق حتى يتم تعويض المتعهد، ثم تعود أسعار المواد الغذائية إلى سعرها السابق.

وهذا الإمهال والانتظار الوقتي حتى تنتهي آثار الجائحة مما أكده مجمع الفقه الإسلامي في قراره، حيث قرر أنه يحق للقاضي أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال(١). والله أعلم.

= المؤمنين فجأة عن الحد المألوف، وترتب على ذلك أن وكالات التأمين أصبحت مضطرة بسبب الزيادة غير المتوقعة إلى تأمين عدد كبير يقوم مقام المؤمنين في أداء الخدمة العسكرية، وقد طلبت إحدى هذه الوكالات من محكمة (غرونوبل) الحكم بتعديل مبلغ التأمين وزيادة مقداره لطروء حادث مفاجئ لم يكن في حسبانها وقت التعاقد أدى إلى إرهاقها.

وقد عرضت القضية على المحكمة فلبت طلب الوكالة وقضت بتعديل مبلغ التأمين وزيادة مقداره. انظر نظرية الظروف الطارئة د. الترمانيني ص(١٥ - ١٦).

(١) انظر مجلة البحوث الفقهية المعاصرة (٢٠٦).

« المبحث الثاني »
تدخل الحكومة في عقود بحرية

كثيراً ما تحصل بعض العقود على ساحل البحر من قبل أفراديمتلكون بعض الأراضي على ساحل البحر.

ويحصل أن هذا الشخص المالك يعد على هذا الساحل الجميل بعض المحلات التجارية والمنتزهات الترفيهية المعدة للنزهة والسباحة والتسوق والاستراحة، ما يكفل الراحة والاستجمام للمصطافين والسياح.

وقد يؤجر هذا المالك هذه المحلات والمنتزهات المطلة على ساحل البحر لشركات كبرى سياحية لسنوات عديدة، وبأجور مكلفة متوافقة ومتناسبة مع مميزات الساحل وموقعه، وما أعد فيه من تجهيزات عالية الجودة تناسب المصطافين والسياح.

ثم يحدث بعد هذه العقود بمدة أن تتدخل الحكومة وتحتاج إلى بعض الأراضي على ساحل البحر، فتقوم بردمها، وقد تكون هذه الأراضي مواجهة أو ملاصقة لتلك الأراضي السياحية للمالك السابق، وتعيق بذلك الوصول إلى هذه المنتزهات مما يفقد الهدف الذي وضعت من أجله.

وبذلك يحصل ضرر بالغ على أصحاب الشركات الكبرى الذين تأثروا بهذا التدخل من قبل الحكومة، فقد فقدت الهدف الأساسي من استئجارها لهذه المنتزهات من المالك وهو جذب المصطافين والسياح إليها، بسهولة ودون مضايقة أو إزعاج من أحد، فطلبت هذه الشركات من المالك فسخ العقود، وأن يسترجعوا أجرتهم المدفوعة مقدماً للمدة التي لم يستفيدوا فيها من هذه الأراضي والمنتزهات، فوقع النزاع بين الطرفين.

* **الحكم الشرعي :**

هذا الحادث الذي وقع يعتبر جائحة من الجوائح، حيث إن تدخل الحكومة أمر لا يستطاع دفعه ولا رده، ولا تضمين أحد فيه .

وهذا العقد المبرم بين المالك والشركة هو عقد إجارة، وقد أتلفت الجائحة المنفعة المقصود بالعقد وهي جذب السياح والمصطافين للاستفادة من المنتزهات بالسباحة والنزهة ونحو ذلك .

فلذلك يجب وضع هذه الجائحة عن الشركة فيفسخ عقد الإجارة فيما بقي من المدة المتفق عليها بعد تدخل الحكومة، والسبب هو فوات المنفعة المعقود عليها . وهذا الحكم متفق عليه في الجملة عند الفقهاء كما ذكرنا سابقا، وهو أن المنفعة إذا استوفي بعضها ثم تعذر استيفاؤها كلها فإنها تفسخ فيما بقي .

ولذلك ذكر الأحناف أن الأصل أنه متى تحقق عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر يلحقه وهو لم يرض به يكون عذراً تفسخ به الإجارة دفعاً للضرر[(١)].

وقالوا أيضاً كل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعاً ولكن يلحقه نوع ضرر يحتاج فيه إلى الفسخ، تفسخ به الإجارة[(٢)].

وضربوا أمثلة منها : أن يستأجر فندقاً سياحياً في قرية من القرى السياحية مدة معلومة، فنزح الناس ووقع الجلاء بسبب الحرب فلا يجب الأجر[(٣)].

والسبب في ذلك هو تعذر استيفاء المنفعة . والله أعلم .

---

(١) الاختيار ١/٣٠٥ .

(٢) الفتاوى الهندية ٤/٤٥٨ ، وحاشية ابن عابدين ٥/٥٠ .

(٣) الفتاوى الهندية ٤/٤٦٣ .

« المبحث الثالث »

تدخل الحكومة في القانون الزراعي

في عام ١٩٥٢ أصدرت الحكومة المصرية قانون الإصلاح الزراعي الذي أحدث هزة اقتصادية كبيرة في البلاد ، ألقت بظلالها على أثمان الأراضي الزراعية.

ولمعرفة مدى هذه الهزة الاقتصادية يذكر الاقتصاديون أن مجال الاستثمار في مصر قبل صدور هذا القانون يكاد يكون مغلقاً على شراء الأراضي الزراعية حتى بلغت أجرة الفدان[١] الواحد في بعض المناطق ستين جنيها في السنة، وكان مما يشجع على الاستثمار في هذا المجال كونه ذا عائد مرتفع ومضمون، وقد أدى ذلك بدوره إلى ارتفاع أثمان الأراضي الزراعية.

إلا أنه حصل ما لم يكن في الحسبان، فبين عشية وضحاها تبدل الحال وصار المآل باستثمار الأراضي الزراعية إلى أسوأ حال بمجرد صدور قانون الإصلاح الزراعي، إذ وضع هذا القانون حداً أقصى لأجرة الأرض الزراعية، وهو سبعة أمثال الضريبة[٢]، وبعبارة أخرى أصبحت أجرة الفدان بعد خصم الضريبة لا تزيد في المتوسط على سبعة عشر جنيهاً، وانعكس ذلك على أثمان الأراضي الزراعية فانخفض ثمن الفدان من ألف جنيه إلى ثلاثمائة جنيه على أكثر تقدير.

وكان لزاماً - والحال كذلك - على مستثمر الأرض الزراعية أن يحمل عصاه

---

(١) الفدان : مقدار من الأرض الزراعية تختلف مساحته في البلاد العربية ، ومساحته في مصر ٣/٣٣٣١ قصبة مربعة أو ٤٢٠٠ متر مربع بتقريب الكسر. المعجم الوسيط (٦٧٧).

(٢) الضريبة : ما تفرضه الدولة من المال على أشخاص من الشعب أو ممتلكاتهم . معجم لغة الفقهاء (٢٨٤).

ويرحل عن هذا المجال وأنى له ذلك وهناك مراكز قانونية معلقة لها تأثير سيء على اقتصاديات المتعاقدين.

وتفصيل ذلك أن هناك عقود بيع أبرمت قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي وكان الثمن فيها مرتفعاً وفقاً للأثمان التي كانت سائدة وقتئذ ، وكان بعض الثمن أو كله مؤجلاً ، ثم صدر قانون الإصلاح الزراعي قبل الوفاء بكل الثمن وترتب على ذلك أن أصبح الوفاء بهذه الأقساط يمثل إرهاقاً للمدينين يهدد بخسارة فادحة، مما دفعهم إلى رفع دعاوى أمام القضاء يتمسكون فيها بتطبيق مبدأ العدالة واعتبار هذا القانون ظرفا طارئاً.

* **الحكم الشرعي :**

هذا القانون يعتبر ظرفاً طارئاً وجائحة لأنه ظرف استثنائي يندر وقوعه، ولم يكن في الحسبان توقعه، ولا يمكن دفعه، وهو عام يعم في تطبيقه القطر كله ولا يقتصر على قطاع من الأراضي الزراعية دون آخر، وقد تضرر به كثير من الزراع والعمال تضرراً فاحشاً مما يهددهم بخسارة فادحة، ويسبب لهم إرهاقاً بيناً.

وقد ذكرنا فيما سبق عن ابن حزم أنه يرى الخسارة بسبب انحطاط السعر جائحة[1]، وقانون الاصلاح الزراعي هذا تسبب في خسارة التجار للتغير المفاجئ في الأسعار مما سبب لهم خسارة وإرهاقاً، ولذلك يجب وضع هذه الجائحة التي تشبه بوجه ما جائحة الثمار، فإنه في جائحة الثمار يأخذ البائع ثمن سلعته المباعة كاملا مع وجود التلف في بعض الثمر المبيع بسبب الجائحة، وهو أخذ بلا مقابل، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم فيه « بم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق»[2]،

---

(١) المحلى ٨/٣٨٥ .

(٢) تقدم تخريجه ص ٢٠ .

فجعل أخذ البائع الثمن كاملاً من المشتري من أخذ أموال الناس بغير حق وهو محرم كما قال تعالى: «**ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل**»(١).

وهكذا الحال في قانون الإصلاح الزراعي إذ أن هناك ارتفاعاً متفاوتاً في الأسعار قبل صدور القانون وبعد صدوره، فتحمل التاجر هذا التفاوت في الأسعار يعتبر دفعاً بلا مقابل،ويعد أخذاً للمال بغير وجه حق، مما يوجب وضع الجائحة عنه وحط الثمن الزائد عنه أو الإنقاص منه بشكل معقول يكفل التخفيف من خسارته.

وإذا تعذر ذلك فإنه يفسخ العقد عندئذ فيما تبقى منه، وذلك قياساً على فسخ عقد الإجارة عند تعذر استيفاء المنفعة . والله أعلم.

---

(١) سورة البقرة : آية ١٨٨.

الفصل الثالث

« جوائح البيئة »(١)

هناك بعض الجوائح المتعلقة بالبيئة والتي تشمل الكائنات الحية وما يحيط بها من هواء وماء وتربة، ومايعتريها من تلوث أو تغيير للبيئة مما يؤثر في اقتصاديات كثير من العقود المبرمة، فقد تبرم بعض الشركات مع بعضها أو مع الدولة عقوداً كبيرة تتكلف مبالغ باهظة ثم بعد ذلك يحصل تغيير للبيئة كتلوث بحري بسبب النفط ونحوه، مما يؤثر سلباً على تلك العقود ويصيبها بإرهاق بالغ، يحتاج معه إلى معرفة الحكم الشرعي فيه. وسيكون مدار البحث في هذا الفصل على المباحث التالية:

المبحث الأول: خسارة التاجر بسبب تلوث البحر بالنفط.

المبحث الثاني: تضرر المستأجر بسبب وباء دودة القطن.

المبحث الثالث: خسارة المزارع بسبب تلوث مياه النهر.

(١) المقصود بالبيئة هنا بمفهومها الشامل فهي المحيط الحيوي الذي يشمل الكائنات الحية من إنسان وحيوان ونبات وكل ما يحيط بها من هواء وماء وتربة وما يحتويه من مواد صلبة أو سائلة أو غازية أو إشعاعات، والمنشآت الثابتة والمتحركة التي يقيمها الإنسان. جرائم تلويث البيئة لفرج صالح الهريش (٣٧).

« المبحث الأول »
خسارة التاجر بسبب تلوث[1] البحر بالنفط

في صيف ١٩٨٣م حدث تسرب للنفط من أحد خطوط الأنابيب البحرية التي تنقل الزيت الخام من حقل شعب بخليج السويس - وهو حقل كانت إسرائيل تستنزف إنتاجه منذ حرب ٥ يونيو ١٩٦٧م - وقد أدى التسرب من خط الأنابيب المذكور إلى تكوين بقعة نفطية كبيرة على سطح خليج السويس نقلتها الأمواج إلى الشواطئ المصرية الشرقية المطلة على البحر الأحمر (مثل الغردقة ومجاويش)، وقد أفسدت هذه البقعة شاطئ البحر هناك يومذاك، مما أدى إلى توقف الاصطياف والسياحة في هذه المنطقة السياحية، حيث غطى النفط رمال الشاطئ وكساها سواداً، ونتج عن هذا التوقف في السياحة إلى خسارة التجار الذين استأجروا هذه الأماكن لاستثمارها سياحياً، ودفعوا في سبيل ذلك أموالاً طائلة، فهل لهم الحق في إزالة أو تخفيف هذه الخسائر الواقعة بسبب هذا التلوث البيئي الذي لم يكن في الحسبان توقعه؟ [2].

* **الحكم الشرعي :**

هذا الحادث الطارئ من الحوادث المفاجئة التي لا يستطاع ردها، ولا يمكن

---

(١) التلوث هو : ادخال مواد أو طاقة بواسطة الإنسان سواء بطريق مباشر أم غير مباشر إلى البيئة، بحيث يترتب عليها آثار ضارة من شأنها أن تهدد الصحة الإنسانية، أو تضر بالموارد الحية أو بالنظم البيئية، أو تنال من قيم التمتع بالبيئة، أو تعوق الاستخدامات الأخرى المشروعة لها. جرائم تلويث البيئة (٤٧).

(٢) البيئة مشاكلها وقضاياها وحمايتها من التلوث . م. محمد عبد القادر الفقي (٩١) .

معها تضمين أحد، وقد أدى إلى إتلاف المنفعة المقصودة بالعقد وهي السياحة والاصطياف والاستثمار .

والعقد المتأثر بهذا الحادث هو عقد إجارة بين المستثمرين وبين مالك الأرض.

وهذا الحادث الطارئ يعتبر جائحة من الجوائح وقعت على عقد الإجارة فيجب فسخ عقد الإجارة فيما بقي منه بعد وقوع التلوث النفطي(١)، والعلة في ذلك فوات المنفعة المقصودة بالعقد وهي السياحة والاصطياف والاستثمار، وقد ذكرنا أن المنفعة إذا لم يمكن استيفاؤها فإنه يفسخ العقد إن لم يتم البدء فيه، أو يفسخ فيما بقي منه إن كان تم استيفاء بعضها .

وهذا - كما ذكر الأحناف - مثل انهدام الدار المستأجرة ، وانقطاع الماء عن الأرض المستأجرة للزراعة، ونحوها من الأمثلة التي قد سبق ذكرها في مبحث الأعذار .. والله أعلم .

---

(١) من القضايا المتعلقة بالتلوث النفطي ما ترتب على حادثة الباخرة Germaeresk في مصب الألب عام ١٩٦٥، والتي سال فيها نتيجة لذلك حوالي ثمانية آلاف من البترول ، حيث أدى ذلك إلى اختفاء الآلاف من الطيور البحرية من تسعة عشر نوعاً مختلفة، انظر جرائم تلويث البيئة (٦٤).

وكذلك ما حدث في مياه البحر الكاريبي عام ١٩٧٩م، حيث تسرب نحو ٤٥٠،٠٠٠ طن من النفط في مياه البحر مما أدى إلى هلاك أعداد ضخمة من الأحياء المائية. انظر البيئة والتلوث د. محمد إبراهيم حسن (٢٥١).

« المبحث الثاني »

تضرر المستأجر بسبب وباء دودة القطن

استأجر متعاقد سوق طنطا العمومي في مقابل مبلغ يدفع على أقساط سنوية، وحدث أن توقف عن الدفع ابتداء من شهر يونية ١٩٦١م إلى آخر أغسطس من ذات العام بحجة أن وباء دودة القطن الذي استشرى في ذلك العام منع الفلاحين من ارتياد السوق، فألحق به ضرراً جسيماً ، وطلب خصم الأقساط المستحقة من التأمين المودع لدى جهة الإدارة.

فرفضت كل من محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا إجابته إلى طلبه، وأثيرت في القضية دفوع كثيرة منها دفع يتعلق بالظرف الطارئ.

ثم قررت المحكمة بعد ذلك أن كارثة دودة القطن يمكن أن تعتبر من الظروف الطارئة، ولكن هذا وحده لا يكفي بل لابد من توافر شروط النظرية الأخرى(١).

الحكم الشرعي :

وباء دودة القطن يعتبر جائحة من الجوائح حيث لا يستطاع دفعه، ولم يكن في الحسبان توقعه، وقد نتج عنه تضرر كبير للمتعاقد مما سبب له إرهاقاً وخسارة فادحة تهدده إذا أكمل تنفيذ التزامه.

وقبل أن نذكر الحكم في هذه القضية لابد أولاً من التأكد من كون وباء دودة القطن في هذه القضية متوقع الحدوث أم غير ذلك، وهل يستطاع دفعه والتغلب عليه أو لا يستطاع؟

---

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية (٦٦٩ - ٦٧٠) . ونظرية الظروف الطارئة للترمانيني (١٤٠).

دارت حول هذا الموضوع مناقشة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بمصر ، وقد ذكروا انتشار دودة القطن وخصوصاً في منطقة الدلتا وما ينشأ عنه من خطر، فلم يعتبروا انتشار هذا الوباء حادثاً استثنائياً لسببين:

أولهما : أنه خطر مصدره الإهمال في مكافحة الدودة التي أصبح من المستطاع التغلب عليها.

وثانيهما : أن هذا الوباء أصبح متوقعاً في مصر وخاصة في تلك المنطقة.

هذا ما ذكرته لجنة القانون المدني حول هذه القضية، إلا أننا يمكننا أن نقول بأن انتشار وباء دودة القطن يمكن اعتباره حادثاً استثنائيا فيكون جائحة، وذلك إذا بلغ انتشار الدود حداً لا يمكن التغلب عليه، فعندئذ نحكم بكونه جائحة ولو كان متوقعاً، إذ لا يستطاع دفعه، ويترتب على ذلك أن تنفيذ الالتزام إذا أضحى مستحيلاً كان قوة قاهرة، وإذا أضحى مرهقاً كان ظرفاً طارئاً وجائحة من الجوائح[١].

إذا ثبت هذا واعتبرنا انتشار وباء دودة القطن جائحة فإنه لابد من وضعها عن المتضرر وهو متعاقد سوق طنطا عملاً بأمر النبي صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح، وعملاً بالقواعد العامة في الشريعة الإسلامية القاضية برفع الضرر عن المتضرر ورفع الحرج عنه .

وعلى هذا فينبغي أن تخصم الأقساط المستحقة من التأمين المودع لدى جهة الإدارة بشكل معقول يكفل حق المتعاقد ويرفع عنه الضرر، دون الإضرار بجهة الإدارة، فيتوزع بذلك الضرر على الطرفين، ويتحمل كل منهما جزءاً من الضرر الحاصل بسبب الجائحة .

---

(١) نظرية الظروف الطارئة د. الترمانيني (١٤٠).

فتتحقق بذلك المساواة بين طرفي العقد عن طريق تقسيم وتوزيع الضرر بينهما .

ويمكن في هذا المقام الاستئناس بما ذكره ابن عابدين في مسألة تقلب النقود[١] ، حيث بين الأثر المترتب على تقلب قيمة النقود باعتباره جائحة، وهو تحقيق المساواة بين المتعاقدين عن طريق توزيع الضرر بينهما ، وتحمل كل منهما جزءاً من الضرر الحاصل بسبب تقلب قيمة النقود، ولذلك يؤمر المشتري بدفع المتوسط رخصاً لا بالأكثر رخصاً، ولا بالأقل، حتى لا يلزم اختصاص الضرر به ولا بالبائع، وهو ما يسميه ابن عابدين : الصلح على الأوسط، أي تقسيم الضرر بين كل من البائع والمشتري.

فإن لم يحصل هذا الحكم في قضية وباء دودة القطن فينبغي فسخ العقد فيما تبقى منه لتعذر استيفاء منفعة سوق طنطا العمومي من قبل المتعاقد، وإذا تعذر استيفاء المنفعة وجب فسخ العقد. والله أعلم .

---

(١) حاشية ابن عابدين (٢٧/٤).

« المبحث الثالث »

خسارة المزارع بسبب تلوث مياه النهر

أقام أحد المزارعين الهولنديين ومؤسسة دولية للدفاع عن البيئة دعوى أمام محكمة روتردام بهولندا Roteradam ضد شركة بوطاس الألزاس La Scociete des Potass d. Alsace الكائنة في مدينة مولوز Mu Ihouse بفرنسا مدعين بأنها قد لوثت مياه نهر الراين Rhin عن طريق تصريف أملاح أدت إلى زيادة نسبة ملوحة النهر الأمر الذي تسبب في إلحاق أضرار بالمزارع الهولندية.

وقد تضرر أصحاب تلك المزارع تضرراً بالغاً من جراء هذا التلوث حيث أبرمت عقود كثيرة وكبيرة يتعهد من خلالها أصحاب المزارع بتسليم بعض المنتجات الزراعية إلى التجار لبيعها، فلم يستطع أصحاب المزارع تنفيذ التزامهم تجاه التجار بسبب جائحة التلوث تلك مما أدى إلى خسارة كبيرة للتجار ومن ثم لأصحاب المزارع أنفسهم(١).

الحكم الشرعي :

تلوث المياه بسبب تصريف الأملاح من قبل الشركة يعتبر جائحة لا يستطاع دفعها، ولم تكن متوقعة الحدوث، وقد حصل من جرائها ضرر كبير على أصحاب المزارع والتجار مما أدى إلى خسارة فادحة وإرهاق كبير، ولذلك فإن أصحاب المزارع والتجار يجب لهم التعويض عن الخسارة الحاصلة بسبب هذه الجائحة ، إذ لا يد لهم فيها، ولم يتسببوا في فعلها، كما لم يستطيعوا دفعها أو توقعها، ولو

---

(١) انظر جرائم تلويث البيئة (٢٦١ - ٢٦٢).

لم يعوضوا عن خسارتهم فإن هذا ظلم بحقهم وإجحاف حيث أخذت أموالهم بغير حق، وتضرروا تضرراً بالغاً دون تفريط أو إهمال منهم، فعدم تعويضهم يعتبر بخساً لحقوقهم، ولذلك يجب على الشركة تحمل المسئولية كاملة وأن تدفع التعويض كاملاً لأصحاب المزارع والتجار لأنها السبب في فعل هذه الجائحة.

فالضمان يجب على الشركة لأنها السبب في تلف المبيع قبل قبضه وتعطيل المنافع الحاصلة من تلك المزارع، وقد ذكرنا فيما سبق في مسألة وضع الجوائح في الثمار المبيعة أن المبيع إذا تلف قبل قبضه فإن الضمان على البائع لأنه في يده، وكذلك الحكم إذا كان التلف من قبل البائع نفسه.

وكذلك فإن المنفعة إذا تعطلت بفعل فاعل وجب على المتسبب الضمان لأنه سبب هذه التعطيل ، وتعطيل المنفعة قبل استيفائها يوجب وضع الجائحة. والله أعلم.

الفصل الرابع
« جوائح الحظر »

من الجوائح المعاصرة التي استجدت في هذا العصر ما يسمى اليوم بالحظر الاقتصادي الذي يفرض على دولة من الدول، فقد يفرض على دولة من الدول لسبب ما حظر اقتصادي يمنعها من تصدير ما لديها من السلع للخارج، وقد يكون هناك بعض العقود قد أبرمت للحصول على هذه السلع، فيقع النزاع عندئذ بسبب عدم حصول المتعاقد على السلعة التي طلبها بسبب هذا الحظر فما الحكم ؟ هذا ما سأبينه في المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : خسارة التاجر بسبب الحظر.

المبحث الثاني : امتناع تسليم السلعة بسبب الحظر.

« المبحث الأول »

خسارة التاجر بسبب الحظر

تعهد أحد التجار لمصنع من مصانع الحلويات، أن يقوم بتوريد كميات كبيرة من السكر الذي هو ركن أساسي لصناعة الحلوى في هذا المصنع، وتم الاتفاق بين التاجر والمصنع على كمية السكر المراد توريدها ، وتم الاتفاق على السعر .

ثم حصل ما لم يكن في الحسبان ، إذ فرض حظر اقتصادي على الدولة التي تصدر هذا السكر والذي يعتمد عليها التاجر، فلم يمكن للتاجر أن يورد هذا السكر للمصنع بسبب الحظر، وأدى هذا إلى أن المتداول في السوق من السكر بدأ يقل تدريجيا إلى حد كبير بسبب عدم توفره، مما أدى إلى ارتفاع قيمته ارتفاعاً فاحشاً، ولذلك كان من العسير على التاجر أن يوفي بالتزاماته بتوريد الكميات المتفق عليها مع المصنع بسبب هذا الحظر غير المتوقع مما سبب له حرج بالغ وارهاق شديد فطلب تخفيف الضرر عنه(١).

الحكم الشرعي :

الحظر الاقتصادي المفروض على الدولة ، والذي تسبب في منع تصدير السكر إلى الخارج يعتبر جائحة من الجوائح لأنه لم يكن متوقعاً ولا يستطاع دفعه، وأدى إلى الإضرار بالتاجر ضرراً بالغاً حيث لم يستطع تنفيذ التزامه كاملاً بسبب الحظر.

وعلى هذا فلابد من التخفيف من أثر هذه الجائحة على التاجر ورفع الضرر

---

(١) انظر الوسيط (٦٤٨/١).

عنه عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرار ولا ضرار »[١] وعملاً بقاعدة «المشقة تجلب التيسير» وغيرها من القواعد القاضية برفع الحرج والتيسير على المعسر.

وعليه فإن على القاضي أن يرد هذا الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فلا يلزم التاجر بجميع الكميات المتفق عليها، بل يقدر مقداراً معيناً من الكميات بما يراه مناسباً وبما يحقق المصلحة لطرفي العقد، وبذلك يتوزع الضرر على كل من المتعاقدين ، وحتى لا يقع الضرر على المصنع بتحمله نقص الكميات المتفق عليها فإنه يحق له المطالبة بتعويض ما خسره من جراء هذا الحظر.

وفي حالة عدم الموافقة من قبل أحد المتعاقدين على تعديل العقد على هذا النحو فإنه يحق للقاضي عندئذ أن يفسخ العقد فيما بقي منه، وذلك لتعذر الاستمرار في تنفيذ العقد بسبب الجائحة، وهذا هو الذي تقتضيه قواعد العدالة والإنصاف. والله أعلم .

---

(١) تقدم تخريجه ص ٤٤ .

« المبحث الثاني »

امتناع تسليم السلعة بسبب الحظر

قبل الغزو العراقي لدولة الكويت كانت العراق سوقاً رائجة لبيع التمر، حيث كانت المزارع العملاقة منتشرة بكثرة ووفرة في الأراضي العراقية باعتبارها تزرع في تربة خصبة وخصوصا للتمر .

ويملك التجار من الكويت الكثير من هذه المزارع المحتوية على التمر بأنواعه، وقد حصل أن تعهد أحد تجار التمور ممن يملك بعض هذه المزارع بتوريد كميات كبيرة من التمور إلى شركة تجارية كبرى تقوم ببيع وتوزيع هذه التمور في مختلف أنحاء الكويت .

وتم الاتفاق بين التاجر والشركة على كمية كبيرة من التمر مقابل مبالغ معلومة ولمدة معلومة سنتين أو أكثر من ذلك، ثم بعد ذلك حصل ما لم يمكن توقعه إذ قام العراق بغزو الكويت واحتلالها وتشريد أهلها في جريمة لم يشهد لها مثيل في تاريخ الأمة العربية.

وبعد تحرير دولة الكويت من هذا الغزو، فرضت الأمم المتحدة حظراً اقتصاديا على العراق، مما أوقع كثيراً من التجار بحرج بالغ وضرر كبير بسبب ما يملكونه من أملاك وعقارات وأراضي في العراق، ولذلك فقد تضرر تاجر التمور بهذا الحظر تضرراً بالغاً حيث لم يستطع تنفيذ التزامه نحو الشركة بتوريد الكميات المتفق عليها من التمور بسبب الحظر المفروض على العراق، فوقع النزاع بين التاجر والشركة.

الحكم الشرعي :

الحظر المفروض على العراق يعتبر جائحة من الجوائح لا يستطاع دفعها ولم

يمكن توقعها، ولا يمكن معها تضمين أحد، وقد حالت دون تسليم المعقود عليه من قبل التاجر للشركة المعنية. ٠

فعليه فإنه يجب وضع هذه الجائحة عن التاجر حيث إنه لم يسلم التمر المتعاقد عليه لأمر خارج عن إرادته وهو الحظر، فالضمان هنا ليس عليه، وهو مقتضى وضع الجائحة كما ذكرنا في الثمار المبيعة، إذ أن الجائحة منعت من تسليم الثمار للمشتري، فوجب وضعها عنه كما أمر النبي صلى الله عليه وسلم، بل عد النبي من يأخذ المال من المشتري والحال هذه أنه أخذ للمال بغير حق كما قال: «بم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق»(١).

هذا هو الحل الشرعي لهذه القضية ، ويجوز أن يتصالح التاجر والشركة على أن تمهل الشركة التاجر وتعطيه وقتاً كي يفي بالتزاماته من إحدى الدول المصدرة للتمر من باب قوله تعالى: **«فنظرة إلى ميسرة»**(٢) وعندئذ يأخذ كل واحد من المتعاقدين حقه ويتحقق العدل للطرفين.

فإن تضرر أحد المتعاقدين من هذا الصلح فإنه يحق للقاضي عندئذ أن يفسخ العقد بما يضمن حق الطرفين. والله أعلم .

---

(١) تقدم تخريجه ٢٠ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٨٠ .

الخاتمة

.. وأخيرا وبعد هذا العرض المتواضع ، فقد وصل البحث إلى الانتهاء، ولا أدعي فيه الوصول إلى الكمال والتمام، إنما ذلك هو غاية طاقتي ووسعي، وقد حرصت أن يكون البحث محكم التبويب، ومتناسق في ترتيب الفصول والمباحث والمطالب والمسائل ، أتدرج في ذلك حتى أتمكن من تغطية جوانب الموضوع بحسب الاستطاعة، أعالج قضايا ومسائل الجوائح في الفقه الإسلامي ، مع بيان الجوائح المعاصرة التي لها أهمية بالغة في عصرنا الحاضر.

وقد ظهرت من خلال البحث والدراسة في موضوع الجوائح بعض النتائج أهمها :

أولا : أن الفقهاء قد بحثوا مسألة الجوائح بحثاً شافياً وخصوصاً المختصة بالثمار المبيعة، وقد عرفوا الجوائح بتعريفات كثيرة متقاربة ما بين موسع لمفهومها ومضيق، ولذلك ظهر الخلاف بينهم في بعض أحكامها ومباحثها.

والملاحظ أن الفقهاء متفقون على دخول الآفات السماوية في مفهوم الجائحة، وأن الجمهور منهم يقتصر في مفهوم الجائحة على الآفات السماوية، وبعضهم جعل الجائحة في غير الآفات السماوية من الآفات الأرضية أو البشرية.

ورأى البعض الآخر رأياً شاملاً ، وجعل مفهوماً واسعاً للجائحة بحيث يدخل في مفهوم الجائحة كل ما لا يمكن معه تضمين أحد، وهذا المفهوم الواسع هو الذي تقتضيه قواعد الشريعة ويوافق التعريف اللغوي للجائحة بمفهومه الواسع، والذي يمكن من خلاله إدخال جميع الجوائح المعاصرة في الحكم، مما يفتح آفاقاً واسعة للمجتهد في النظر في الجوائح المعاصرة.

ثانياً : يلاحظ في البحث تميز مذهبين في مسألة الجوائح – مع عدم إغفال المذاهب الأخرى – وهما مذهب الحنفية ومذهب المالكية.

فمذهب الحنفية هو عدم وضع الجائحة في الثمار وعدم اعتبار جائحة الثمار عذراً طارئاً يوجب وضع الجائحة عن المشتري، وتظهر الغرابة في هذا الرأي أن الحنفية من أكثر المذاهب توسعاً في مبدأ الأعذار وخصوصاً في باب الإجارة.

وتزول هذه الغرابة عندما نعلم أن الحنفية لهم مفهوم خاص للإجارة، ففي الإجارة عندهم لا تملك الأجرة بالعقد نفسه بخلاف البيع يملك المبيع بالعقد نفسه، لأن العقد – كما يقولون – موجب التقابض في الحال فلا يجوز تأخيره، فلذلك لم يأخذوا بمبدأ وضع الجوائح في الثمار المبيعة إذ أن المشتري قد ملك الثمار بالعقد نفسه فهو يتحمل ضمان ما أتلفته الجائحة بعد العقد.

أما الإجارة فلا تملك المنافع بمجرد العقد وقبض العين، بل تملك شيئا فشيئاً بحسب ما يقبض من المنافع ، فلا يستحق المؤجر المطالبة بالأجرة إلا تدريجيا يوماً فيوماً، ولذلك تفسخ بالموت وغيره من الأعذار الطارئة.

وبهذا يظهر تميز مذهب الحنفية في مسألة الجوائح، أما المالكية فمذهبهم متميز في مسألة الجوائح إذ هم أكثر وأوسع من تكلم عن الجوائح تأصيلاً وتفريعاً وشرحاً وتخريجاً، ولذلك نجد مسألة الجوائح في جميع كتب المالكية إلا ما ندر، بل تجد في كثير من كتبهم باباً خاصاً عن أحكام الجوائح، بل قد أفرد بعضهم رسالة خاصة بأحكام الجوائح وهي رسالة «القول الواضح في بيان الجوائح» ليحيى بن محمد الحطاب.

وقد تبين من خلال البحث أن السبب في توسع المالكية في بيان أحكام الجوائح يعود لأمرين:

١ - أنهم اعتمدوا في أخذهم لمبدأ وضع الجوائح على عمل أهل المدينة، حيث عمل المدينة هو وضع الجائحة في الثمار المبيعة، وعمل أهل المدينة يعتبر حجة عند المالكية وأصل من أصولهم، لا يجوز مخالفته فلذلك أخذوا بوضع الجائحة وتوسعوا فيه وفرعوا عليها فروعاً كثيرة.

٢ - اشتهار مذهب المالكية بالأخذ بالمصلحة، واشتهاره بالاهتمام بالنوازل والإجابة على الأسئلة المتعلقة بالحوادث والمستجدات فيما يحقق المصلحة للخاصة والعامة، وإيجاد الحلول المناسبة لتلك الحوادث والمستجدات والنوازل.

وأحكام الجوائح من الحوادث المهمة في حياة كثير من الناس، يتعلق بها مصالح الناس ودفع المضار عنهم ، فلذلك تميز فقه المالكية بالتوسع في أحكام الجوائح وأكثروا البحث فيها لأنها تحقق المصالح للناس وتدفع المضار عنهم، علاوة على أنها من النوازل والحوادث الهامة التي تحتاج إلى البحث والتدقيق لإيجاد حلول مناسبة ونتائج مثمرة لتحقيق هدف نبيل وهو المصلحة.

ثالثاً : من خلال عرض المسائل والمباحث المتعلقة بالجوائح يتبين أن مبدأ الجوائح ليس مبدأ جامداً منفصلا عن غيره من المبادئ، بل له صلة وثيقة بكثير من المبادئ والنظريات العامة، وتبين أن أقرب هذه النظريات لمبدأ الجوائح نظرية الضرورة الشرعية، ونظرية الظروف الطارئة.

وقد ذكرنا أن الضرورة لها تطبيقات عدة تدخل ضمن تطبيقات الجوائح بمفهومها الواسع، ومنها الجوائح في الثمار المبيعة، والعذر في الإجارة، وتقلب قيمة النقود.

وأن هذا الشمول في مفهوم نظرية الضرورة يجعلها فسيحة المدى خصبة النتائج تتسع لنظرية الظروف الطارئة، وتشابهها في معيار التطبيق القائم على دفع الضرر عن المتضرر من المتعاقدين، فإنقاص الثمن بالجوائح في بيع الثمار،

وفسخ الإجارة بالأعذار، وكساد الأوراق النقدية أو انقطاعها المستوجب لبطلان البيع، كلها تعتبر أمثلة واقعية لنظرية الظروف الطارئة، وذلك تطبيقاً لمبدأ العدالة ومراعاة لما يجب من توفر التعادل والتوازن في الالتزامات وتنفيذها، وتحقيقا لقواعد الشريعة العامة التي تقضي بإيصال الحقوق لمستحقيها دون حيف أو ظلم أو ضرر.

وهذا يؤكد قضية هامة وهي أن الفقه الإسلامي قد سبق الفقه القانوني في تأصيل المبادئ والقوانين والنظريات التي تحقق المصالح وتدفع المفاسد والمضار.

رابعا : تبين من خلال البحث أهمية النظر في كتب المتقدمين من الفقهاء، وعدم الاعتماد في البحث الفقهي على كتب المتأخرين أو المعاصرين، فقد ترك الأقدمون ثروة فقهية لا نظير لها، بل سبقوا عصرهم في كثير من المسائل، مما يدل دلالة واضحة على غزارة علمهم وعمق فهومهم، وتوسع مداركهم، يتضح ذلك من خلال اختلافاتهم في مسائل الجوائح، حيث أصلوا هذا الموضوع تأصيلاً شرعياً محكماً، وفرعوا عليه تفريعات متعددة، ولم يقصروا البحث في الجوائح على نوع واحد، بل اشتمل بحثهم على كثير من الجوائح المتنوعة، السماوية والأرضية، والبشرية وغيرها، مما فتح آفاقاً واسعة للمجتهد المعاصر لبحث الجوائح المعاصرة تبعاً للفقهاء المتقدمين.

خامساً : تبين من خلال هذا البحث أن المالكية – كما سبق – قد أصلوا لمبدأ الجوائح تأصيلاً شرعياً محكماً، وتميز منهم أبو زكريا الحطاب، الذي ألف رسالة مستقلة وهي «القول الواضح في بيان الجوائح» وأسس الكتاب أحكام الجوائح بل قعد ونظر لهذه الجوائح مما يمكن أن نسمي كتابه هذا نظرية الجوائح في الفقه الإسلامي.

وقد ابتدأ الرسالة ببيان معنى الجائحة ثم حكمها وأصل وجوبها، ثم بين ما

هو من المتلفات جائحة مما ليس بجائحة، ثم بين ما توضع فيه الجائحة مما لا توضع فيه وكيفية اعتبارها.

ثم ذكر القدر الذي إذا بلغته الجائحة وضع عن المشتري منابه، ثم ختم بفوائد منها: صفة التقويم ووقته، وطرق القضاء بالجائحة، وبيان الضمان من البائع، ثم أملاك الوقف وثماره، ثم ذكر أن الجائحة ابتلاء واختبار.

هذه هي خلاصة الرسالة والتي تدل دلالة واضحة على رسوخ قدم هذا الإمام ونبوغه في علم الفقه، وتأصيله لهذا النظرية مما جعل من يأتي بعده عالة عليه.

ولا يفوتني أن أذكر في هذا المقام أن إماماً آخر من أئمة الفقه قد أصل لهذه النظرية قبل الحطاب وهو ابن تيمية الحنبلي الذي انفرد عن الحنابلة بالتوسع في أحكام الجوائح، حيث جمع - كما في مجموع الفتاوى - شتات الموضوع، وذكر خلاف الفقهاء في أغلب مسائل الجوائح، وحرر الأقوال والمذاهب بما لا مزيد عليه.

سادسا : من أهم ثمار هذه الدراسة معرفة أهمية الجوائح المعاصرة، وأن الفقهاء المتقدمين قد مهدوا الطريق للمتأخرين لدراسة ما استجد من الجوائح من خلال عرضهم لأحكام الجوائح.

ومن خلال هذه الدراسة تبين أهمية دراسة الجوائح المعاصرة باعتبارها من النوازل والمستجدات التي يجب على المجتهدين أن يبذلوا الوسع فيها لإيجاد الحلول المناسبة لها مما يحقق المصلحة العامة.

وقد أدت هذه الدراسة إلى تطوير مبدأ الجوائح ، فلم يقتصر على بيع الثمار والزروع، أو الإجارة، بل شمل العقود المالية كافة، المستمرة منها والمتراخية

التنفيذ كعقود التعهدات وعقود المقاولات وغير ذلك مما استجد في هذا العصر المتطور.

كما تبين من خلال الدراسة أن موضوع الجوائح لا يوجد له غطاء تشريعي في كثير من البلدان العربية، ولا يمكن اللجوء إلى العرف وحده للفصل في النزاع المترتب على الحادث الطارئ بين أطراف النزاع، ولذلك كان من المهم إيجاد تشريعات مناسبة وغطاء قانوني واضح لمعالجة المشاكل والنزاعات الناتجة من الحوادث الطارئة.

* توصية :

أدعو في ختام هذه الدراسة المتخصصين في الفقه الإسلامي والمتخصصين في الفقه القانوني إلى إجراء المزيد من البحوث والدراسات حول موضوع الجوائح القديمة والحديثة ، فالموضوع لا يزال يحتاج إلى مزيد بحث ونظر، وهذا الزمن يحتاج إلى فقهاء متبصرين في فقه الشريعة وفقه الواقع.

كما أدعو فقهاء الشريعة خصوصاً أن يقوموا بإعادة دراسة مبدأ الجوائح دراسة متأنية شاملة لجميع المذاهب الإسلامية ، واستخراج النظريات والمبادئ المحكمة من هذا المبدأ، وإظهار شمولية الفقه الإسلامي ومعالجته لقضايا العصر المستجدة، وأنه سبق جميع المبادئ والنظريات القانونية، مما يظهر قوة وشمولية شريعة الإسلام الخالدة وأنها من لدن حكيم خبير، وأنها صالحة لكل زمان ومكان **«أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون»**(١).

وأخيراً أرجو أن أكون قد وفقت في دراسة أحكام الجوائح وربطها بنظريتي

---

(١) سورة المائدة : آية ٥٠ .

الضرورة الشرعية والظروف الطارئة، مما يوجد الصلة بين الحاضر والمستقبل، فتظل الصلة وثيقة بين التراث الإسلامي الخالد وبين مصادره الأصلية التي سطرها الفقهاء المتقدمون والمتأخرون، الذين لم يألوا جهداً في تحرير المسائل الفقهية وتحقيقها تحقيقاً علمياً.

هذا وإني أسأل الله تعالى بأسمائه الحسنى وصفاته العلى أن يرزقنا العلم النافع والعمل الصالح، وأن يوفقنا لخدمة الفقه الإسلامي، وإضافة المزيد من البحوث إلى المكتبة الإسلامية، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفهارس

١ - فهرس الآيات .
٢ - فهرس الأحاديث والآثار
٣ - فهرس الأعلام
٤ - فهرس القواعد الفقهية والأصولية
٥ - فهرس المصادر والمراجع
٦ - فهرس الموضوعات

فهرس الآيات

الآيـــة	رقمها	الصفحة
سورة البقرة		
ثم اضطره إلى عذاب النار	١٢٦	٣٤
وكذلك جعلناكم أمة وسطاً	١٤٣	٤١٢
إنما حرم عليكم الميتة والدم	١٧٣	٤٢
فمن اضطر غير باغ ولا عاد	١٧٣	٣٣ - ٣٤ - ٤٩ - ٥٦ - ٤٣١
يريد الله بكم اليسر	١٨٥	أ - ٤٤٧ - ٤٤٩ - ٥٠١
ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل	١٨٨	١٩ - ٥٠١ - ٥١٣
فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه	١٩٤	٣٨٢
ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة	١٩٥	٥١
وأحل الله البيع	٢٧٥	٣٠٢
فنظرة إلى ميسرة	٢٨٠	٥٠١ - ٥٢٦
وإن كان ذو عسرة فنظرة	٢٨٠	٤٥٢
ربنا ولا تحمل علينا إصراً	٢٨٦	٤٣٤
لا يكلف الله نفساً إلا وسعها	٢٨٦	٤٤٦ - ٥٠٥
سورة النساء		
يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم	٢٩	١٩ - ١١٣ - ٤٣٠
إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات	٥٨	٤١٣ - ٤٨٤
يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط	١٣٥	٤١٣
سورة المائدة		
يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود	١	١٣٤-٢٤٤-٤٠٥-٤٤٥-٤٥١-٤٩١
وتعاونوا على البر والتقوى	٢	١١٨
حرمت عليكم الميتة والدم	٣	٤٢
فمن اضطر في مخمصة	٣	٣٤ - ٤٢ - ٤٣١

تابع فهرس الآيات

ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج	٦	٥٠٥
والجروح قصاص	٤٥	٤٥٠
أفحكم الجاهلية يبغون	٥٠	٥٣٢
سورة الأنعام		
انظروا إلى ثمره إذا أثمر	٩٩	٢٨٢
وقد فصل لكم ما حرم عليم	١١٩	٤٧ - ٥٦ - ٤٠٤
وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه	١١٩	٤٢
قل لا أجد فيما أوحي إلي	١٤٥	٤٢
سورة التوبة		
والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار	١٠٠	٢٨
سورة يوسف		
فذروه في سنبله	٤٧	٣٣٢
سورة النحل		
أمن يجيب المضطر إذا دعاه	٦٢	٣٤
ومن ثمرات النخيل والأعناب	٦٧	٢٨٢
إن الله يأمر بالعدل والإحسان	٩٠	١٢٤ - ٤١٣ - ٤٤٩ - ٤٥٠
وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم	٩١	٤٤٥
وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به	١٢٦	٤٥٠ - ٤٥١
ولئن صبرتم لهو خير للصابرين	١٢٦	٤٥٠ - ٤٥٢
سورة الإسراء		
وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا	٣٤	٤٤٥
سورة الحج		
ومن يرد فيه بإلحاد بظلم	٢٢	١٠٨
وما جعل عليكم في الدين من حرج	٧٨	أ - ٣١٥ - ٤٠٤ - ٤٤٧ - ٤٤٩

تابع فهرس الآيات

سورة النمل		
أمن يجيب المضطر إذا دعاه	٦٢	٣٤
سورة لقمان		
ثم نضطرهم إلى عذاب غليظ	٢٤	٣٤
سورة الزمر		
فبشر عباد الذين يستمعون القول	١٧-١٨	٢٨
سورة الشورى		
فمن عفا وأصلح فأجره على الله	٤٠	٤٥٢
وجزاء سيئة سيئة مثلها	٤٠	٤٥٠ - ٤٥١
سورة المزمل		
إن ربك يعلم أنك تقوم	٢٠	١٩٣ - ١٩٨
يأيها المزمل قم الليل إلا قليلا	١-٢	١٩٣ - ١٩٨
سورة الشرح	٦	
إن مع العسر يسراً		٥٣

فهرس الأحاديث والآثار

الحديث والأثر	الصفحة
أباح النبي صلى الله عليه وسلم لكعب بن عجرة حلق رأسه	٥٥
أتيت النبي صلى الله عليه وسلم وكان لي عليه دين	١٦٠
أحب الدين إلى الله الحنيفية	٤٤٩
احتكار الطعام في الحرم إلحاد فيه	١٠٩
إذا أصيب ثلث الثمرة فقد وجب	٢٠١
إذا بعت فكل وإذا ابتعت فكل	٢١٣
إذا حدث نازلة يعذر بها (قتادة)	٤٠٤
إذا لم تصطبحوا ولم تغتبقوا	٤٣
إذا منع الله الثمرة	١٦
أرأيت إن منع الله الثمرة	٢١
إن لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم	٣٤٩
إن أبي يريد أن يجتاح مالي	٣
إن الدين يسر	٥٣
إن الله هو المسعر القابض	١١٤
أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح	٢٠
أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح إذا بلغت ثلث الثمرة	٢٠١
بعثت بالحنيفية	٣١٥
بل عارية مضمونة	٣٧٧
البيعان بالخيار ما لم يتفرقا	٢٣٦ - ٤١٧
تألى ألا يفعل خيراً	٣٠٣
الثلث والثلث كثير	١٩٢ - ١٩٩
الجالب مرزوق والمحتكر ملعون	١١٠
خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك	٣٤٦
الخراج بالضمان	٢٣٧

تابع فهرس الأحاديث والآثار

الذهب بالذهب والفضة بالفضة	١٥٢
ذهب حقك	٢٣٩
العائد في هبته كالعائد في قيئه	٢٤٤
عقل المرأة مثل عقل الرجل	٢٠٠
على اليد ما أخذت حتى تؤدي	٣٧٧
كان علي يقضي بوضع الجائحة إذا بلغت	٢٠٢
كانوا يرون الجائحة موضوعة عن المشتري	٢٠٣
لا إيمان لمن لا أمانة له	٤٤٦
لا بأس أن تأخذها	١٥٣
لا تبيعوا الذهب بالذهب	١٥٢
لا تفعل،بع الجمع	١٥٩
لا صاعي تمر بصاع	١٥٩
لا ضرر ولا ضرار	٤٤
لا يحتكر إلا خاطئ	١١٠
لا يحل سلف وبيع	٣٩٩
لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه	٢٤٠
لو بعت من أخيك ثمرا	٢٠
ليس على المستعير غير المغل ضمان	٣٧٥
لي الواجد يحل عرضه	١٥٥
ما من مسلم يقرض	١٦٠
مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم	٤٥٢
المسلمون على شروطهم	٢٦٢
مطل الغني ظلم	١٥٥
من احتكر طعاما أربعين ليلة	١٠٩
من احتكر على المسلمين طعامهم	١١٠

تابع فهرس الأحاديث والآثار

من احتكر فهو خاطئ	١١٠
من اشترى أرضاً فيها نخل	٢٥٤
من اشترى نخلا قد أبرت	٢٥٥
من أعتق شركاً له في عبد	٣٨٤
من أنظر معسراً أو وضع له	٣٤١
من أودع وديعة فلا ضمان عليه	٣٧٥
من باع نخلا بعد أن يؤبر	٢٥٦
من باع نخلا قد أبرت	٢٥٥
من دخل في شيء من أسعار المسلمين	١١٠
من شهر على المسلمين	٤٢٧
نهانا أن نبيعه حتى ننقله من مكانه	٢١٩
نهى أن تباع الثمرة حتى تشقح	٢٨٤
نهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهة	٦
نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها	٢٩٣
نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وعن النخل	٢٨٤
نهى عن بيع الثمرة حتى يطيب	٢٨٤
نهى عن بيع النخل حتى يأكل منه	٢٨٥
نهى عن بيع النخل حتى يزهو	٢٨٥
نهى عن بيع الطعام قبل قبضه	٢٢٢
نهى عن بيع صفقتين في صفقة	٣٢٦
نهى عن بيع العنب حتى يسود	٢٨٥
نهى عن بيع الغرر	٣٣٢
نهى عن الثنيا إلا أن تعلم	٢٦٠
نهى عن ربح ما لم يضمن	٢٢٧
نهى عن المعاومة	٣٣٥

فهرس الأعلام المترجم لهم(١)

العلم	الصفحة
ابن أبي أويس	٢٠١
ابن أبي زمنين	٣٠
ابن أبي ليلى	٢٩٦
ابن أبي هريرة	٤٢٠
ابن تيمية	١٥
ابن الجارود	٣٥٥
ابن حجر العسقلاني	٢٩٢
ابن حزم	١٥
ابن رجب	٢٦٤
ابن رشد الجد	٣٠
ابن رشد الحفيد	٩٠
ابن الرفعة	٢٧٣
ابن عابدين	١٢٥
ابن عبد البر	١٠٠
ابن عبد الحكم	١٠٣
ابن عبد السلام	٣٧٢
ابن عرفة	٩
ابن عطية	٤٥١
ابن فارس	٣
ابن القاسم	١٠
ابن قدامة	١٣
ابن القيم	١٠٦

(١) اذكر العلم كما ورد في البحث وعلى ترتيب حروف الهجاء دون التفريق بين الاسم والكنية واللقب .

تابع فهرس الأعلام المترجم لهم

ابن المبرد	٣٨
ابن مفلح	١٤
ابن منظور	٥
ابن الهمام	٢٧٠
ابن يونس	١٠٣
أبو البقاء الكفوي	٣٣
أبو حامد الاسفراييني	٢٥٦
أبو الحسن الشاذلي	١٠
أبو داود	١٠٩
أبو طوالة	٢٠١
أبو القاسم الكناني	٣٩٤
أبو يوسف	١٤٣
الأزهري	١٧١
أصبغ	١٨٨
البابرتي	٢٥١
البزدوي	٤٣
البغوي	١٤٧
البهوتي	٩١
البيهقي	٣٥٥
التسولي	٢٥
الجصاص	٣٦
الحاكم	٣٥٥
الحسن البصري	٤٩
الحسين بن عبد الله	٢٠١

تابع فهرس الأعلام المترجم لهم

الحطاب الأب	٢٤
الحطاب الابن	٢٥
الحموي	٣٦
الخرشي	١٨١
الخرقي	٢٢٧
خليل بن إسحاق	١١
الدارقطني	٣٥٥
الدردير	٣٦
الدسوقي	١٨٨
الراغب الأصفهاني	٣٤
الرافعي	١٤٧
ربيعة	٢٠٠
الرجراجي	٢٠٨
الرملي	١٢٣
الزرقاني	٣٩٥
الزيلعي	١١٥
سالم بن عبد الله	٢٠٢
السبكي	٢٥٦
سحنون	١٠٤
سليمان بن يسار	٢٠٢
سليمان الجمل	١٢
سفيان بن عيينه	٣٥٦
السياغي	٢٩
السيوطي	٤٨

تابع فهرس الأعلام المترجم لهم

الشاطبي	٤٦
الشربيني الخطيب	٩٧
الشوكاني	٤٤
الشيرازي	١٣٦
الصاوي	١٨٦
عبد الملك الماجشون	١١
العدوي	١٨٢
العز بن عبد السلام	٥٤
عطاء	٢٠٣
عكرمة	٤٩
علي بن الحسين	٢٠٢
عمر بن عبد العزيز	٢٠٢
عيسى بن دينار	٣٠
الغزالي	٤٨
فضل بن سلمة	٣٩٣
الفيروز آبادي	٥
الفيومي	٦
القاسم بن محمد	٢٠٢
القاضي عبد الوهاب	٢١٣
القاضي عياض	٣٩٣
قتادة	٤٩
القرطبي	١٠٩
القرافي	١٠
الكاساني	٣٦

تابع فهرس الأعلام المترجم لهم

اللخمي	٣٧
الليث بن سعد	٢٨
محمد بن الحسن	١٤٣
محمد عليش	١٠٠
المرداوي	١٤
مطرف	١١
المناوي	٤٢٢
المهدي الوزاني	٣١
المواق	٩٦
الموصلي	١٢٩
النسائي	٣٥٥
النضر بن شميل	٤
النفراوي	١٧٣
النووي	١٣
الهيتمي	١١١
الواقدي	٢٠٢
الونشريسي	٣٠
يحيى بن سعيد الأنصاري	٣٥٢
يزيد بن أبي حبيب	٢٩٣

فهرس القواعد الفقهية والأصولية

القاعدة	الصفحة
إذا ضاق الأمر اتسع	٥٧ – ٤٢٠
الأصل أنه متى تحقق عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر	١٢٩
يلحقه وهو لم يرض به يكون عذراً تفسخ به الإجارة دفعاً للضرر	١٢٩
الاضطرار لا يبطل حق الغير	٦٢
تلف المبيع قبل التمكن من قبضه يبطل العقد	٢٢
الضرر يدفع بقدر الإمكان	٤٢٦
الضرر يزال	٢٢
الضرورات تبيح المحظورات	٥٦
العادة محكمة	٢٦٤
القبض مرجعه إلى عرف الناس إذا لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع	٣٦٣
كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو	
ماله يثبت له الفسخ	١٢٥
لا ضرر ولا ضرار	٤٤
لا قياس مع النص	٢٥٨
لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة	٢٠٥
ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها	٤٨
ما جاز لعذر يبطل بزواله	٦١
المشقة تجلب التيسير	٥٢
المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً	٢٠٤
النهي يقتضي الفساد	٢٩٤
يحمل المطلق على المقيد	٢٥٩

فهرس المصادر والمراجع

أولا : القرآن الكريم :

ثانياً : كتب التفسير وعلومه :

١ - أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص - دار الكتاب العربي - بيروت - ١٤٠٦هـ - ١٩٨٤م.

٢ - الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٣ - تفسير القرآن العظيم لأبي الفداء اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي ، دار الفكر - بيروت - ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

٤ - التفسير الكبير للإمام الفخر الرازي - دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٥ - فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني - دار المعرفة - بيروت.

ثالثاً : كتب الحديث وشروحه :

١ - الأدب المفرد لأبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - دار البشائر الإسلامية - بيروت - ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

٢ - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل لمحمد ناصر الدين الألباني - المكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٣ - بلوغ المرام من أدلة الأحكام للحافظ ابن حجر العسقلاني - تحقيق محمد حامد الفقي - دار البخاري - بريدة - المدينة - الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ -

١٩٨٩م.

٤ - التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني - تصحيح السيد عبدالله هاشم اليماني - المدينة - ١٣٨٤هـ.

٥ - الجامع الصغير من حديث البشير النذير لجلال الدين السيوطي.

٦ - سنن ابن ماجة للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة - تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي - المكتبة العلمية - بيروت.

٧ - سنن أبي داود للحافظ سليمان بن الأشعث السجستاني، ومعه معالم السنن للخطابي - تحقيق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد - دار الحديث - حمص - سورية.

٨ - سنن الترمذي لأبي عيسىٰ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي - تحقيق أحمد شاكر - دار الكتب العلمية - بيروت.

٩ - سنن الدارقطني لعلي بن عمر الدارقطني - تصحيح السيد عبد الله هاشم يماني - دار المعرفة - بيروت ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.

١٠ - سنن الدارمي للحافظ عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي - تحقيق فؤاد زمرلي وخالد السبع - دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ - ١٨٩٧م.

١١ - السنن لكبرى لأبي بكر محمد بن الحسين بن علي البيهقي - دار الفكر - بيروت.

١٢ - سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية السندي - تحقيق عبدالفتاح أبو غدة - دار البشائر الإسلامية - بيروت - الطبعة الثالثة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م

١٣ - شرح السنة للحسين بن مسعود البغوي - تحقيق شعيب الأرناؤوط

ومحمد زهير الشاويش - المكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

١٤ - شرح صحيح مسلم لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي - المطبعة المصرية - مصر.

١٥ - شرح معاني الآثار لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي - تحقيق محمد زهري النجار - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

١٦ - صحيح البخاري (الجامع المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه) لأبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري - المطبعة السلفية - القاهرة - الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ.

١٧ - صحيح مسلم لأبي الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري - تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي - دار إحياء الكتب العربية - القاهرة.

١٨ - الضعفاء لمحمد بن عمرو العقيلي- تحقيق عبد المعطي قلعجي - بيروت ١٩٨٤.

١٩ - الطبقات الكبرى لمحمد بن سعد- دار صادر - بيروت ١٣٨٦هـ .

٢٠ - فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني - ترقيم محمد فؤاد عبدالباقي - دار المعرفة - بيروت.

٢١ - فيض القدير شرح الجامع الصغير لعبد الرؤوف المناوي - دار المعرفة - بيروت - عباس أحمد الباز - مكة.

٢٢ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لنور الدين الهيثمي - دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الثالثة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

٢٣ - المراسيل لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني - تحقيق شعيب

الأرناؤط – مؤسسة الرسالة – بيروت – الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م.

٢٤ – المستدرك على الصحيحين لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري ، وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي – دار المعرفة – بيروت.

٢٥ – المسند للإمام أحمد بن حنبل – المكتب الإسلامي – بيروت – الطبعة الخامسة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م.

٢٦ – المصنف للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني – تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي – المكتب الإسلامي – بيروت – الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ – ١٩٥٣م.

٢٧ – المنتقى لأبي محمد عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري مع كتاب غوث المكدود بتخريج منتقى ابن جارود لأبي إسحاق الحويني – دار الكتاب العربي – بيروت – الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م

٢٨ – الموطأ للإمام مالك بن أنس – تخريج محمد فؤاد عبد الباقي – دار إحياء الكتب العربية – بيروت .

٢٩ – نصب الراية لأحاديث الهداية لجمال الدين محمد بن عبدالله الزيلعي – دار المأمون – القاهرة – الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ.

٣٠ – نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار لمحمد بن علي الشوكاني – مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر – الطبعة الأخيرة.

رابعاً : كتب الفقه :

أ – الفقه الحنفي :

١ – الاختيار لتعليل المختار لعبدالله بن محمود الموصلي – تحقيق زهير عثمان الجعيد – دار الأرقم – بيروت.

٢ – إعلاء السنن لمحمد أشرف علي التهانوي – من منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية – كراتشي – باكستان.

٣ – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني – دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م.

٤ – تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي – دار الكتاب الإسلامي – مطابع الفاروق الحديثة – القاهرة – الطبعة الثانية.

٥ – تحفة الملوك في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان – لزين الدين محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي – تحقيق د.عبدالله نذير – دار البشائر الإسلامية – الطبعة الأولى ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م.

٦ – تنبيه الرقود على مسائل النقود لابن عابدين – مطبوعة ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين.

٧ – درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر – تعريب المحامي فهمي الحسيني – دار الجيل – بيروت – الطبعة الأولى ١٤١١هـ – ١٩٩١م.

٨ – رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) – دار إحياء التراث العربي – بيروت.

٩ – الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند – دار إحياء التراث العربي – بيروت – الطبعة الرابعة.

١٠ – فتح القدير على الهداية لكمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام – دار الفكر – بيروت – الطبعة الثانية.

١١ – مختصر اختلاف العلماء لأبي بكر بن علي الجصاص الرازي – تحقيق د. عبد الله نذير – دار البشائر الإسلامية – بيروت – الطبعة الثانية – ١٤١٧هـ – ١٩٩٦م.

١٢ – مختصر الطحاوي لأبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي – مكتبة ابن تيمية – تحقيق أبي الوفاء الأفغاني .

ب – الفقه المالكي :

١ – الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار. للحافظ أبي عمر يوسف بن عبدالله بن عبدالبر النمري – تحقيق د. عبد المعطي قلعجي – مؤسسة الرسالة – بيروت.

٢ – الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي – تحقيق الحبيب بن طاهر – دار ابن حزم – بيروت – الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م.

٣ – أوجز المسالك إلى موطأ مالك لمحمد زكريا الكاندهلوي – دار الفكر – بيروت ١٤٠٠هـ – ١٩٨٠م.

٤ – بداية المجتهد ونهاية المقتصد للقاضي أبي الوليد بن رشد القرطبي – تحقيق عبدالحليم محمد عبدالحليم – دار الكتب الإسلامية – مصر – الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م.

٥ – بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك لأحمد بن محمد الصاوي على الشرح الصغير للدردير – مكتبة ومطبعة البابي الحلبي – مصر – الطبعة الأخيرة ١٣٧٢هـ – ١٩٥٢م.

٦ – البهجة شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبدالسلام التسولي – دار المعرفة – بيروت – الطبعة الثالثة ١٣٩٧هـ.

٧ – البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة

لأبي الوليد بن رشد القرطبي - تحقيق د. محمد حجي - دار الغرب الإسلامي - بيروت.

٨ - تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك لمحمد الشيباني ابن محمد بن أحمد الشنقيطي - دار الغرب الإسلامي - بيروت - الطبعة الثانية ١٩٩٥م.

٩ - التفريع لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري - تحقيق د. حسين بن سالم الدهماني - دار الغرب الإسلامي - بيروت.

١٠ - التلقين في الفقه المالكي للقاضي أبي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي - تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني - المكتبة التجارية - مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة.

١١ - جواهر الإكليل شرح مختصر خليل لصالح عبد السميع الآبي الأزهري - دار المعرفة - بيروت.

١٢ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي - دار الفكر - بيروت.

١٣ - حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني لعلي الصعيدي العدوي المالكي - مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر - ١٣٠٧هـ - ١٩٣٨م.

١٤ - الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي - تحقيق الأستاذ محمد بو خبزه - دار الغرب الإسلامي - بيروت.

١٥ - شرح الخرشي على مختصر خليل لمحمد الخرشي المالكي - دار الفكر - بيروت.

١٦ - شرح الزرقاني على مختصر خليل لعبد الباقي الزرقاني - دار الفكر

١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.

١٧ - العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام لأبي محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون الكناني - مطبوع مع تبصرة الحكام لابن فرحون - دار الكتب العلمية - بيروت.

١٨ - الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني لأحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي - مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - الطبعة الثالثة ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.

١٩ - قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزي الغرناطي - دار العلم للملايين - بيروت ١٩٧٤م.

٢٠ - القول الواضح في بيان الجوائح لأبي زكريا يحيى محمد محمد الحطاب - تحقيق د. عبدالسلام محمد الشريف العالم - منشورات لجنة إحياء التراث في كلية الدعوة الإسلامية - طرابلس - الطبعة الأولى ١٩٩٦م.

٢١ - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لأبي عمر بن عبدالبر النمري القرطبي - تحقيق محمد بن محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني - ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

٢٢ - المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس - مكتبة الرياض الحديثة - دار الفكر - بيروت ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٢٣ - المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبدالوهاب البغدادي - تحقيق د. حميش عبدالحق - مكتبة نزار مصطفى الباز - مكة - الطبعة الأولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٢٤ - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام - علاء الدين الطرابلسي - المطبعة الميمنية - القاهرة - ١٣١٠هـ .

٢٥ - المقدمات والممهدات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات - لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي - تحقيق سعيد أحمد عراب - دار الغرب الإسلامي - بيروت.

٢٦ - المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي - دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الأولى ١٣٣٢هـ - مطبعة السعادة بمصر.

٢٧ - منح الجليل على مختصر خليل - للعلامة محمد عليش .

٢٨ - مواهب الجليل شرح مختصر خليل لمحمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي المعروف بالحطاب - دار الفكر - بيروت - الطبعة الثانية - ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.

٢٩ - النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية لأبي عبدالله سيدي محمد المهدي بن محمد الوزاني الشريف العمراني الحسيني - طبع وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالمملكة المغربية - ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٣٠ - النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة بـ المعيار الجديد المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب لأبي عيسى سيدي المهدي الوزاني - قابله وصححه الأستاذ عمر بن عباد - طبع وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالمملكة المغربية - ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

ج - الفقه الشافعي :

١ - الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لمحمد الشربيني الخطيب - دار الفكر - بيروت.

٢ - الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي - تصحيح محمد زهري النجار

- دار المعرفة - بيروت.

٣ - التنبيه في الفقه الشافعي لإبراهيم بن علي الفيروز آبادي - اعتنى به أيمن صالح شعبان - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٤ - حاشية البيجرمي على المنهج لسليمان بن عمر محمد البيجرمي - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - الطبعة الأخيرة ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م.

٥ - حاشية الجمل على شرح المنهج لسليمان الجمل - مؤسسة التاريخ العربي - دار إحيار التراث العربي - بيروت.

٦ - حاشية شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي وشهاب الدين أحمد الملقب بعميرة على شرح جلال الدين محمد بن أحمد المحلي على منهاج الطالبين للنووي - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر - الطبعة الثالثة ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م.

٧ - الحاوي الكبير شرح مختصر المزني لأبي الحسين علي بن محمد بز حبيب الماوردي - تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود - مكتب دار الباز - مكة - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٨ - حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء لسيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال - تحقيق د. ياسين أحمد ابراهيم - مكتبة الرسالة الحديثة - عمان - الطبعة الأولى ١٩٨٨م.

٩ - روضة الطالبين لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي - تحقيق عادل عبدالموجود وعلي محمد معوض - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

١٠ - كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار لتقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الدمشقي الشافعي - تحقيق علي عبدالحميد بلطة جي ومحمد وهبي سليمان - دار الخير - بيروت - المكتبة التجارية - مكة - الطبعة الأولى - ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.

١١ - المجموع شرح المهذب لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي - دار الفكر - بيروت.

١٢ - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد الشربيني الخطيب - شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.

١٣ - المهذب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي - مطبعة عيسى البابي الحلبي - مصر.

١٤ - نزهة النفوس في بيان حكم التعامل بالفلوس لأحمد بن محمد بن الهائم - تحقيق د. عبدالله الطريقي. مكتبة المعارف - الرياض ١٤١٠هـ - ١٩٩٠.

١٥ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي الشهير بالشافعي الصغير - دار الفكر - بيروت - الطبعة الأخيرة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

د - الفقه الحنبلي :

١ - الاختيارات الفقهية من فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية - اختارها علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي - تحقيق محمد حامد الفقي - مكتبة السنة المحمدية - القاهرة.

٢ - الافصاح عن معاني الصحاح للوزير ابن هبيرة - تحقيق د. محمد يعقوب - مركز فجر للطباعة والنشر - القاهرة - الطبعة الأولى ١٤١٣هـ.

٣ - إعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين أبي بكر محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية - تعليق - طه عبدالرؤوف سعد - مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة - ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

٤ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام محمد بن حنبل لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي - تحقيق محمد حامد الفقي - دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٥ - حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع جمع عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي - الطبعة الثالثة - ١٤٠٥هـ.

٦ - الحسبة في الإسلام لتقي الدين أحمد بن عبدالحليم بن تيمية - تحقيق محمد زهري النجار - من منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض.

٧ - الروض المربع شرح زاد المستقنع لمنصور بن يونس البهوتي - تخريج عبدالقدوس محمد نذير - دار المؤيد - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

٨ - شرح الزركشي على مختصر الخرقي لمحمد بن عبدالله الزركشي - تحقيق عبد الله بن عبدالرحمن الجبرين - شركة العبيكان - الرياض.

٩ - شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس البهوتي - المكتبة السلفية - المدينة.

١٠ - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لشمس الدين أبي عبدالله محمد بن قيم الجوزية - تحقيق بشير محمد عيون - مكتبة المؤيد - الطائف - مكتبة دار البيان - دمشق - الطبعة الأولى ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م.

١١ - العدة شرح العمدة لبهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي - تحقيق محب الدين الخطيب.

١٢ - الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل لأبي محمد موفق الدين ابن قدامة المقدسي - تحقيق زهير الشاويش - المكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة الخامسة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

١٣ -- كشاف القناع عن متن الاقناع لمنصور بن يونس البهوتي - عالم الكتب - بيروت.

١٤ - المبدع في شرح المقنع لأبي إسماعيل برهان الدين ابراهيم بن محمد بن مفلح - المكتب الإسلامي - بيروت - ١٩٨٠م.

١٥ - مجموع فتاوى ابن تيمية - جمع وترتيب عبدالرحمن بن قاسم النجدي - دار عالم الكتب - الرياض - ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.

١٦ - المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لمجد الدين أبي البركات - مكتبة المعارف - الرياض - الطبعة الثانية - ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

١٧ - المختارات الجلية من المسائل الفقهية لعبدالرحمن الناصر السعدي - المؤسسة السعيدية بالرياض.

١٨ - مختصر الخرقي لأبي القاسم الخرقي ومعه حاشية مختصر الخرقي لمحمد بن عبدالرحمن بن حسين آل اسماعيل - مكتبة المعارف - الرياض - الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

١٩ - مختصر فتاوى ابن تيمية لبدر الدين أبي عبد الله محمد بن علي البعلي - تصحيح عبد المجيد سليم - دار الكتب العلمية - بيروت.

٢٠ - مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى لمصطفى السيوطي الرحيباني - المكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة الثانية - ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٢١ - المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل لابن قدامة المقدسي - دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٢٢ - المقنع شرح مختصر الخرقي لأبي علي الحسين بن أحمد بن البنا - تحقيق د. عبدالعزيز البعيمي - مكتبة الرشد - الرياض - الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٢٣ - نيل المآرب في تهذيب شرح عمدة الطالب للشيخ عبد الله البسام - دار المدني - جدة.

هـ - الفقه الظاهري .

١ - المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم - تحقيق أحمد شاكر - دار التراث - القاهرة.

و - الفقه الزيدي :

١ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى بن المرتضى - مؤسسة الرسالة - بيروت.

٢ - الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير لشرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين السياغي - مطبعة السعادة - مصر - الطبعة الأولى ١٣٤٨هـ.

٣ - السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار لمحمد بن علي الشوكاني - تحقيق محمد ابراهيم زايد - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

ز - الفقه الإمامي :

١ - تحرير الوسيلة للخميني - الدار الإسلامية - بيروت.

٢ – شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام – مع تعليقات السيد صادق الشيرازي – مؤسسة الوفاء – بيروت.

٣ – فقه الإمام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنية – دار الجواد – دار التيار الجديد – بيروت.

٤ – اللمعة الدمشقية لمحمد بن جمال الدين مكي العاملي – دار إحياء التراث العربي – بيروت.

٥ – مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة لمحمد الجواد محمد الحسيني العاملي الشقراني.

ح – الفقه الإباضي :

١ – شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف إطفيش – وزارة التراث القومي والثقافة – سلطنة عمان – ١٤٠٧هـ – ١٩٨٦م.

ط – الفقه العام :

١ – الإجماع لابن المنذر النيسابوري – تحقيق د. فؤاد عبد المنعم أحمد – دار الثقافة – الدوحة – الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ – ١٩٨٧م.

٢ – الأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء الحنبلي – تحقيق محمد حامد الفقي – دار الكتب العلمية – بيروت ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م.

٣ – الأحكام السلطانية والولايات الدينية لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي – دار الكتب العلمية – بيروت.

٤ – اختلاف العلماء لأبي عبد الله محمد بن نصر المروزي – تحقيق صبحي السامرائي – عالم الكتب – بيروت – الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م.

٥ - الاشراف على مذاهب أهل العلم للحافظ محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري - تحقيق محمد نجيب سراج الدين - دار الثقافة - الدوحة - الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٦ - الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة - د. علي أحمد السالوس - دار الثقافة - الدوحة - مؤسسة الريان - بيروت ١٩٩٦م.

٧ - بيع العقار والثمار في الفقه الإسلامي - د. محمد بن راشد بن علي العثمان - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الثانية ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

٨ - تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية - هايل عبد الحفيظ يوسف داود - المعهد العالمي للفكر الإسلامي - القاهرة ١٤١٨هـ - ١٩٩٩م - الطبعة الأولى.

٩ - خصائص الشريعة الإسلامية د. عمر سليمان الأشقر - مكتبة الفلاح - الكويت - الطبعة الأولى ١٩٨٢م.

١٠ - دراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي - د. نزيه حماد - دار الفاروق - الطائف - الطبعة الأولى ١٤١٠هـ - ١٩٩٠ .

١١ - الدرر السنية في الاجوبة النجدية - عبد الرحمن محمد بن قاسم - مطبعة أم القرى - الطبعة الأولى ١٣٥٣هـ .

١٢ - رفع الحرج في الشريعة الإسلامية د. يعقوب عبد الوهاب البا حسين - دار النشر الدولي - الطبعة الثانية ١٤١٦هـ.

١٣ - الضرر في الفقه الإسلامي - د. أحمد موافي - دار ابن عفان - المملكة العربية السعودية - الخبر - الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

١٤ - الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي د. محمود محمد عبد العزيز الزيني - مؤسسة الثقافة الجامعية - الاسكندرية.

١٥ - الضرورة في المعاملات في الفقه الإسلامي د. عبد العزيز أبو غنيمة -

الطبعة الأولى ١٩٨٨م.

١٦ - عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية د. يوسف القرضاوي - الديوان الأميري - الكويت - مطابع الريادة.

١٧ - مراتب الاجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم - دار الكتب العلمية - بيروت.

١٨ - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه د. محمد مصطفى شلبي - دار النهضة العربية - بيروت ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

١٩ - المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي - د. محمد عثمان شبير - دار النفائس - الأردن ١٩٩٦م.

٢٠ - مفهوم الفقه الإسلامي لنظام الدين عبد الحميد - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٢١ - الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي - د. محمد بلتاجي - مكتبة الشباب - القاهرة - ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

٢٢ - مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري د. محمد بلتاجي - مكتبة البلد الأمين - القاهرة - الطبعة الثانية - ١٤٢٠هـ.

٢٣ - نظرية الضرورة الشرعية د. وهبة الزحيلي - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الخامسة ١٤١٨هـ -١٩٩٧م.

٢٤ - نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها لجميل محمد بن مبارك - دار الوفاء - المنصورة - الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٢٥ - نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي د. يوسف قاسم - دار النهضة العربية - القاهرة - مطبعة جامعة القاهرة.

خامسا : كتب أصول الفقه :

١ - الأحكام في أصول الأحكام لعلي بن محمد الآمدي - تعليق عبد الرزاق عفيفي - المكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة الثانية - ١٤٠٢هـ.

٢ - الأحكام في أصول الأحكام لعلي بن حزم الأندلسي - تحقيق محمد أحمد عبد العزيز - مكتبة عاطف - القاهرة - الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.

٣ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي الشوكاني - دار المعرفة - بيروت.

٤ - أصول الفقه للإمام محمد أبي زهرة - دار الفكر العربي - القاهرة.

٥ - التلويح على التوضيح لمتن التنقيح لسعد الدين مسعود بن التفتازاني - دار الكتب العلمية - بيروت.

٦ - تيسير التحرير شرح محمد أمين المعروف بأمير بادشاه على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية لابن الهمام - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر ١٣٥٠هـ.

٧ - الرسالة لمحمد بن إدريس الشافعي - تحقيق أحمد شاكر - دار الكتب العلمية - بيروت.

٨ - روضة الناظر وجنة المناظر لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي - مكتبة المعارف - الرياض - الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

٩ - شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس القرافي - دار الفكر - بيروت - تحقيق طه عبد الرؤوف سعد - الطبعة الأولى - ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.

١٠ - شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير في أصول الفقه لمحمد بن أحمد الفتوحي المعروف بابن النجار - تحقيق الدكتور محمد الزحيلي،

والدكتور نزيه حماد - دار الفكر - دمشق - ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.

١١ - شرح المنهاج للبيضاوي في علم الأصول لشمس الدين محمد بن عبدالرحمن الأصفهاني - تحقيق د. عبد الكريم النملة - مكتبة الرشد - الرياض - الطبعة الأولى - ١٤١٠هـ.

١٢ - الفصول في الأصول لأحمد بن علي الرازي الجصاص - تحقيق د. عجيل جاسم النشمي - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت - الطبعة الثانية ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

١٣ - كشف الأسرار عن أصول البزدوي لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري - تحقيق محمد البغدادي - دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

١٤ - مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر لمحمد الأمين بن المختار الشنقيطي - دار القلم - بيروت.

١٥ - المستصفى من علم الأصول لأبي حامد الغزالي وبذيله فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت لعبد العلي بن نظام الدين الأنصاري - الطبعة الأولى - المطبعة الأميرية ببولاق - ١٣٢٢هـ - دار صادر - بيروت.

١٦ - المحصول في علم أصول الفقه لفخر الدين محمد بن عمر عبد الحسين الرازي - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى - ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

١٧ - المسودة في أصول الفقه - جمعها وبيضها شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن أحمد بن عبد الغني الحراني - تقديم محمد محيي الدين عبدالحميد - مطبعة المدني - القاهرة.

١٨ - الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي - شرح عبد الله دراز - مكتبة الرياض الحديثة - الرياض.

١٩ - الوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان - مؤسسة الرسالة - بيروت - مكتبة البشائر - عمان - الطبعة الثالثة ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

سادسا : كتب القواعد الفقهية :

١ – الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان لابن نجيم – دار الكتب العلمية – بيروت – ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م.

٢ – الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية لجلال الدين السيوطي – مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – الطبعة الأخيرة ١٣٨٩هـ – ١٩٥٩م.

٣ – التحرير في قاعدة المشقة تجلب التيسير للدكتور عامر سعيد الزيباري – دار ابن حزم – بيروت – الطبعة الأولى – ١٤١٥هـ – ١٩٩٤م.

٤ – شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا – دار الغرب الإسلامي – سوريا .

٥ – غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي الحنفي – دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ.

٦ – قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام – دار المعرفة – بيروت.

٧ – القواعد في الفقه الإسلامي لأبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي – دار الجيل – بيروت – الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م.

٨ – القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها – د. صالح بن غانم السدلان – دار بلنسيه – الرياض – الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.

٩ – القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية لأبي الحسن علاء الدين ابن اللحام – تحقيق محمد حامد الفقي – دار الباز للنشر والتوزيع – مكة المكرمة – دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م.

١٠ – المشقة تجلب التيسير لصالح اليوسف – المطابع الأهلية للأوفست – الرياض – ١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م.

١١ - المنثور في القواعد لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي - تحقيق الدكتور تيسير فائق - شركة دار الكويت للصحافة - الكويت - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٦م.

١٢ - الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للدكتور محمد صدقي البورنو - المعارف - الرياض - الطبعة الثانية - ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م.

سابعا : كتب اللغة :

١ - أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للشيخ قاسم القونوي - تحقيق الدكتور أحمد الكبيسي - دار الوفاء - جدة - الطبعة الأولى ١٢٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٢ - تاج العروس من جواهر القاموس لمحمد مرتضى الزبيدي - تحقيق علي شيري - دار الفكر - بيروت - ١٤١٤هـ - ١٩٩٤ م .

٣ - تحرير ألفاظ التنبيه ليحيى بن شرف النووي - تحقيق عبد الغني الدقر - دار القلم - دمشق - الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٤ - الدر النقي شرح ألفاظ الخرقي لأبي المحاسن بن عبد الهادي الحنبلي المعروف بابن المبرد - تحقيق الدكتور رضوان مختار - دار المجتمع - جدة - الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

٥ - الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي لأبي منصور الأزهري - مطبوع مع كتاب الحاوي للماوردي.

٦ - شرح حدود ابن عرفة لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع - تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري - دار الغرب الإسلامي - بيروت - الطبعة الأولى ١٩٩٣م.

٧ - طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية لنجم الدين بن حفص النسفي - تحقيق الشيخ خليل الميس - دار القلم - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٨ - الغريبين في القرآن والحديث لأبي عبيد أحمد بن أحمد الهروي - تحقيق أحمد فريد المزيدي - مكتبة نزار مصطفى الباز - مكة المكرمة - الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٩ – القاموس المحيط لمحيي الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي – دار إحياء التراث العربي – بيروت – الطبعة الأولى ١٤١٢هـ – ١٩٩١م.

١٠ – الكليات معجم المصطلحات والفروق اللغوية لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي – تحقيق الدكتور عدنان درويش – مؤسسة الرسالة – بيروت – الطبعة الثانية ١٤١٣هـ – ١٩٩٣م.

١١ – لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري – دار صادر – بيروت.

١٢ – مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي – دائرة المعاجم – مكتبة لبنان – بيروت – ١٩٨٦م.

١٣ – المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري – مكتبة لبنان – بيروت ١٩٨٧م.

١٤ – المطلع على أبواب المقنع لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي – المكتب الإسلامي – بيروت – ١٤٠١هـ – ١٩٨١م.

١٥ – معجم لغة الفقهاء للدكتور محمد رواس قلعة جي والدكتور حامد صادق قنيبي – دار النفائس – بيروت – الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م.

١٦ – معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا – تحقيق عبدالسلام هارون – دار الكتب العلمية – ايران.

١٧ – معجم النباتات الطبية – د. يوسف أبو نجم – مكتبة لبنان – بيروت – طبعة أولى – ١٩٩٢م.

١٨ – المعجم الوسيط للدكتور ابراهيم أنيس والدكتور عبد الحليم منتصر وعطية الصوالحي ومحمد خلف الله – الطبعة الثانية – القاهرة.

١٩ – المغرب في ترتيب المعرب لأبي الفتح ناصر الدين المطرزي – تحقيق

محمود فاخوري وعبد الحميد مختار - مكتبة أسامة بن زيد - حلب - سورية - الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

٢٠ - المفردات في غريب القرآن لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني - تحقيق محمد رشيد كيلاني - دار المعرفة - بيروت.

٢١ - النهاية في غريب الحديث والأثر لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير - تحقيق طاهر الزاوي ومحمد الطناحي - المكتبة العلمية - بيروت.

ثامنا : كتب الرجال والتراجم والتاريخ :

١ - الإعلام لخير الدين الزركلي - دار العلم للملايين - بيروت - الطبعة السابعة - ١٩٨٦م.

٢ - البداية والنهاية للحافظ ابن كثير الدمشقي - تحقيق الدكتور أحمد أبو ملحم والدكتور علي نجيب وفؤاد السيد ومهدي ناصر الدين وعلي عبد الساتر - دار الريان للتراث - القاهرة - الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٣ - البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع لمحمد بن علي الشوكاني - مطبعة السعادة - القاهرة - الطبعة الأولى ١٣٤٨هـ.

٤ - بغية الوعاة في طبقات اللغوين والنحاة لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي - تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم - مطبعة عيسى الحلبي - القاهرة ١٣٨٤هـ.

٥ - التاريخ الكبير لمحمد بن إسماعيل البخاري - تحقيق عبد الرحمن المعلمي اليماني - دائرة المعارف العثمانية بالهند ١٣٨٠هـ.

٦ - تذكرة الحفاظ لأبي عبد الله شمس الدين محمد الذهبي - دار الكتب العلمية - بيروت.

٧ - ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك للقاضي عياض بن موسى بن عياض السبتي - تحقيق عبد القادر الصحراوي - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - المملكة المغربية - الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٨ - تعجيل المنفعة بزوائد رجال المسانيد الأربعة لابن حجر العسقلاني - حيدر آباد - ١٢٨٠هـ.

٩ - تقريب التهذيب للحافظ ابن حجر العسقلاني - تحقيق محمد عوامة - دار الرشيد - سوريا - حلب - الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

١٠ - تهذيب التهذيب للحافظ ابن حجر العسقلاني - دار الكتاب الإسلامي - القاهرة.

١١ - الجواهر المضية في طبقات الحنفية لمحيي الدين أبي محمد عبدالقادر ابن أبي الوفاء القرشي الحنفي - مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية - الهند.

١٢ - حلية الأولياء وطبقات الأصفياء للحافظ أبي نعيم الأصفهاني - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

١٣ - خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر لمحمد المحبي - دار صادر - بيروت.

١٤ - الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لابن حجر العسقلاني - مطبعة المدني - القاهرة ١٣٧٨هـ.

١٥ - الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب لإبراهيم بن محمد فرحون المالكي - وبهامشه نيل الابتهاج بتطريز الديباج لبابا التنبكتي - دار الكتب العلمية - بيروت.

١٦ - سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر لعمر خليل المرادي - مكتبة المثنى - بغداد.

١٧ - سير أعلام النبلاء للحافظ الذهبي - تحقيق شعيب الأرناؤوط - مؤسسة الرسالة - بيروت.

١٨ - شجرة النور الزكية في طبقات المالكية للشيخ محمد بن محمد مخلوف - دار الكتاب العربي - بيروت.

١٩ - شذرات الذهب في أخبار من ذهب لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي - دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٢٠ - الضوء اللامع لأهل القرن التاسع لشمس الدين محمد بن عبد الرحمن

السخاوي - دار مكتبة الحياة - بيروت.

٢١ - طبقات علماء الحديث لابن عبد الهادي الصالحي - تحقيق أكرم البلوشي - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

٢٢ - الفوائد البهية في تراجم الحنفية لأبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي - مكتبة خير كثير.

٢٣ - فوات الوفيات لمحمد بن شاكر أحمد الكتبي - تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد - مكتبة النهضة - مطبعة السعادة - مصر ١٩٥١م.

٢٤ - لسان الميزان لابن حجر العسقلاني - طبع في حيدر آباد الدكن - الهند ١٣٣١هـ.

٢٥ - مالك - حياته وعصره آراؤه وفقهه - للإمام محمد أبي زهرة - دار الفكر - بيروت.

٢٦ - معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية لعمر رضا كحالة - دار إحياء التراث العربي - بيروت - مكتبة المثنى - بيروت.

٢٧ - المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد لأبي اليمن مجير الدين عبدالرحمن بن محمد العليمي - تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد - عالم الكتب بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ.

٢٨ - هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون لاسماعيل باشا البغدادي - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.

تاسعا : كتب القانون (كتب ورسائل جامعية) :

١ – آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية – د. عبد الحكم فودة – منشأة المعارف – الاسكندرية – الطبعة الأولى – يونيو ١٩٩٩م.

٢ – أثر الظروف الطارئة على مبدأ الشرعية – د. مجدي المتولي السيد يوسف – عضو هيئة قضايا الدولة – مصر – ١٩٩٠م.

٣ – الأسس العامة للعقود الإدارية د. سليمان محمد الطماوي – مطبعة جامعة عين شمس – الطبعة الخامسة – ١٩٩١م.

٤ – دروس في النظرية العامة للالتزام د. توفيق حسن فرج – مؤسسة الثقافة الجامعية – الاسكندرية.

٥ – الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري – د. علي محمد علي – رسالة الدكتوراه – جامعة الأزهر.

٦ – عقد التوريد وتغير الظروف الفجائي – حامد زكي – مجلة القانون والاقتصاد – السنة الثانية ١٩٣٢ يناير – العدد الأول.

٧ – مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة – د. محمد عبد الجواد – مجلة المحاماة سنة ٣٩ – العدد ٢.

٨ – مصادر الحق في الفقه الإسلامي – د. عبد الرزاق السنهوري – جامعة الدول العربية – معهد البحوث والدراسات العربية.

٩ – نظرية الحوادث الطارئة لأسعد الكوراني – مجلة المحاماة – السنة ٤٠ – العدد الأول – سبتمبر ١٩٥٩.

١٠ – نظرية الحوادث الطارئة لعادل علوية – مجلة المحاماة سنة ٤٠ – العدد الأول.

١١ – نظرية الظروف الطارئة لمنصور نصر عبد الحميد – رسالة دكتوراه –

جامعة الأزهر – كلية الشريعة والقانون.

١٢ – نظرية الظروف الطارئة – د. عبد السلام الترمانيني – دار الفكر – بيروت.

١٣ – النظرية العامة للالتزام د. سمير عبد السيد تناغو – د. نبيل ابراهيم سعد – دار المعرفة الجامعية – الاسكندرية – ١٩٩٣م.

١٤ – هلاك المعقود عليه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني لمحمود محمد عوض سلامة – رسالة دكتوراه – جامعة الأزهر – كلية الشريعة والقانون.

١٥ – الوجيز في نظرية الظروف الطارئة – محمد عبد الرحيم عنبر – مطبعة زهران – القاهرة – ١٩٧٨م.

١٦ – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد د. عبد الرزاق أحمد السنهوري.

عاشراً : كتب ورسائل عامة :

١ - البيئة مشاكلها وقضاياها وحمايتها من التلوث. م. محمد عبدالقادر الفقي - مكتبة ابن سينا - القاهرة.

٢ - البيئة والتلوث - د. محمد ابراهيم حسن - مركز الإسكندرية للكتاب - الاسكندرية - ١٩٩٩م.

٣ - جرائم تلويث البيئة في القانون الليبي لفرج صالح الهريش - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - كلية الحقوق - ١٩٩٧م.

٤ - الزواجر عن اقتراف الكبائر - أحمد بن محمد بن علي بن حجر المكي الهيتمي - دار المعرفة - بيروت - ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م .

٥ - الكويت وأزمة سوق المناخ لعلي حسن الحمدان - مكتبة أم القرى - الكويت ١٩٨٤م.

حادي عشر : المجلات :

١ - مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - المملكة العربية السعودية - الرياض - العدد الثالث - السنة الأولى - ربيع الآخر - جمادى الأولى - جمادى الآخرة ١٤١٠هـ - نوفمبر - ديسمبر - يناير ٨٩ - ١٩٩٠م.

٢ - مجلة القانون والاقتصاد - مصر - السنة الثانية - يناير ١٩٣٢ - العدد الأولي.

٣ - مجلة القضاء والقانون - وزارة العدل - محكمة التمييز - الكويت - الجزء الأول - السنة الثالثة والعشرون - رمضان ١٤٢٠هـ - ديسمبر ١٩٩٩م.

٤ - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - منظمة المؤتمر الإسلامي - جدة - العدد الخامس - الجزء الثالث ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م - العدد (٣) الجزء الثالث ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٥ - مجلة المحاماة - مصر - سنة ٣٩ العدد ٢ - سنة ٤٠ - العدد الأول سبتمبر ١٩٥٩م.

فهرس الموضوعات

الموضوعات	الصفحة
المقدمة	أ
التمهيد	١
المبحث الأول : التعريف بالجوائح	٢
المطلب الأول : تعريف الجوائح لغة واصطلاحا	٣
المطلب الثاني : أدلة اعتبار وضع الجوائح	١٩
المطلب الثالث : أمثلة لبعض الجوائح	٢٤
المطلب الرابع : قول الحنفية والمالكية في الجوائح	٢٦
المبحث الثاني : التعريف بنظرية الضرورة الشرعية	٣٢
المطلب الأول : تعريف الضرورة لغة واصطلاحا	٣٣
المطلب الثاني : مراعاة الشريعة للضرورة	٤١
المطلب الثالث : شروط تحقق الضرورة	٤٦
المطلب الرابع : قواعد الضرورة	٥٢
المبحث الثالث : التعريف بنظرية الظروف الطارئة	٦٥
المطلب الأول : تعريف الظروف الطارئة	٦٦
المطلب الثاني : تقسيمات الظروف الطارئة	٦٩
المطلب الثالث : شروط النظرية	٧٣
المطلب الرابع : آثار نظرية الظروف الطارئة	٨١
الباب الأول : أسباب الجوائح وأنواعها وشروطها	٨٧
الفصل الأول : أسباب الجوائح	٨٨
المبحث الأول : مواضع الاتفاق	٨٩
المطلب الأول : العطش	٩٠
المطلب الثاني : الآفات السماوية	٩٢
المبحث الثاني : مواضع الاختلاف	٩٤

تابع فهرس الموضوعات

المطلب الأول : الخلاف في الجيش ٩٥

المطلب الثاني : الخلاف في السرقة ١٠٣

المطلب الثالث : الخلاف في الاحتكار والتسعير ١٠٨

المطلب الرابع : الخلاف في الأعذار ١٢٥

المطلب الخامس : مسألة تقلب قيمة النقود ١٤١

الفصل الثاني : أنواع الجوائح ١٦٤

المبحث الأول : ما لا صنع للآدمي فيه ١٦٦

المطلب الأول : المراد بما لا صنع للآدمي فيه ١٦٦

المطلب الثاني : أمثلة له ١٦٩

المبحث الثاني : صنع الآدمي ١٧١

المطلب الأول : صنع الآدمي الذي لا يمكن تضمينه ١٧٢

المطلب الثاني : صنع الآدمي الذي يمكن تضمينه ١٧٦

الفصل الثالث : الشروط المعتبرة في وضع الجائحة ١٧٩

المبحث الأول : مواضع الاتفاق ١٨٠

المطلب الأول : أن تفرد الثمرة بالشراء عن أصلها ١٨١

المطلب الثاني : أن تبقى الثمرة على رؤوس الشجر لينتهي طيبها ١٨٦

المبحث الثاني : مواضع الاختلاف ١٩٠

المطلب الأول : تحرير محل النزاع ١٩١

المطلب الثاني : وضع ما دون الثلث مما تتلفه الجائحة ١٩٥

المطلب الثالث : المراد بالثلث عند من يقول به ٢٠٨

الفصل الرابع : الأموال والتصرفات التي تؤثر فيها الجوائح ٢١٦

المبحث الأول : الجوائح في الأموال العوضية ٢٢٤

المطلب الأول : وقوع الجائحة بعد العقد وقبل قبض المبيع ٢٢٥

المطلب الثاني : وقوع الجائحة بعد تمام القبض ٢٢٩

تابع فهرس الموضوعات

المطلب الثالث : وقوع الجائحة بعد التخلية في مدة يحتاج العوض إلى بقائها قبل قبضه ٢٣٣

المطلب الرابع : وقوع الجائحة في مدة الخيار ٢٣٤

المبحث الثاني : الجوائح في الأموال غير العوضية ٢٣٨

المطلب الأول : الجائحة في المال المرهون ٢٣٩

المطلب الثاني : الجائحة أثناء نقل الملك بغير عوض ٢٤٢

الباب الثاني : أحكام الجوائح ٢٤٦

الفصل الأول : أحكام بيع الأصول والثمار ٢٤٧

المبحث الأول : أحكام بيع الأصول ٢٤٨

المطلب الأول : بيع الشجر ٢٤٩

المطلب الثاني : بيع الأرض ٢٦٩

المبحث الثاني : أحكام بيع الثمار ٢٨١

المطلب الأول : صفة بدو صلاح الثمار ٢٢٨

المطلب الثاني : بيع الثمار قبل بدو صلاحها ٢٩١

المطلب الثالث : بيع الثمار بعد بدو صلاحها ٣١٢

المبحث الثالث : حكم بيع الحبوب والبقول ٣٢٩

المطلب الأول : بيع الحب مع سنبله ٣٣٠

المطلب الثاني : بيع ما يتكرر جنيه من البقول ٣٣٥

الفصل الثاني : وضع الجوائح ٣٤٠

معنى وضع الجائحة ٣٤١

مواطن الاتفاق ٣٤٢

محل الخلاف ٣٤٣

القول الأول ٣٤٤

القول الثاني ٣٤٨

مناقشة الأدلة ٣٥٢

تابع فهرس الموضوعات

سبب الخلاف	٣٥٩
الفصل الثالث : صور من الجوائح في العقود وغير العقود	٣٦٥
المبحث الأول : صور من الجوائح في العقود	٣٦٦
صورة من جوائح القرض	٣٦٦
صورة من جوائح المهر	٣٧١
صورة من جوائح الوديعة	٣٧٤
صورة من جوائح العارية	٣٧٦
المبحث الثاني : صور من الجوائح في غير العقود	٣٧٩
صورة من جوائح الزكاة	٣٨٠
صورة من جوائح الغصب	٣٨٢
صورة من جوائح اللقطة	٣٨٦
صورة من جوائح السفن	٣٨٧
الفصل الرابع : طرق القضاء بالجائحة وفسخ العقود بها	٣٩٠
المبحث الأول : طرق القضاء بالجائحة	٣٩٢
المبحث الثاني : فسخ العقود بالجائحة	٣٩٦
المطلب الأول : أثر الجائحة في فسخ عقد البيع	٣٩٧
المطلب الثاني : أثر الجائحة في فسخ عقد الإجارة	٤٠٢
الباب الثالث : الصلة بين الجوائح ونظريتي الضرورة والظروف الطارئة	٤٠٩
الفصل الأول : الصلة بين الجوائح ونظرية الضرورة	٤١٠
المبحث الأول : الجائحة سبب للضرورة	٤١١
المبحث الثاني : القواعد الفقهية الناظمة لأحكامهما	٤١٨
المبحث الثالث : الأساس الذي بني عليهما واحد	٤٣٠
المبحث الرابع : خلاصة هذا الفصل	٤٣٧
الفصل الثاني : الصلة بين الجوائح ونظرية الظروف الطارئة	٤٤٠

تابع فهرس الموضوعات

المبحث الأول : الجائحة ظرف طارئ ٤٤١

المبحث الثاني : الاشتراك في التأصيل الفقهي ٤٤٥

المبحث الثالث : الاشتراك في الشروط ٤٥٤

المبحث الرابع : التشابه في الآثار ٤٦٦

المبحث الخامس : خلاصة هذا الفصل ٤٧٦

الباب الرابع : أمثلة تطبيقية لبعض الجوائح المعاصرة ٤٨٦

الفصل الأول : جوائح ارتفاع الأسعار ٤٩٥

المبحث الأول : عجز الشركة عن الوفاء بالالتزام بسبب ارتفاع الأسعار ٤٩٦

المبحث الثاني : توقف المقاول عن العمل بسبب ارتفاع الأسعار ٤٩٩

المبحث الثالث : وقف استيراد السلعة بسبب ارتفاع الأسعار ٥٠٣

الفصل الثاني : جوائح تدخل الحكومة ٥٠٦

المبحث الأول : تدخل الحكومة بإغلاق الحدود ٥٠٧

المبحث الثاني : تدخل الحكومة في عقود بحرية ٥٠٩

المبحث الثالث : تدخل الحكومة في القانون الزراعي ٥١١

الفصل الثالث : جوائح البيئة ٥١٤

المبحث الأول : خسارة التاجر بسبب تلوث البحر بالنفط ٥١٥

المبحث الثاني : تضرر المستأجر بسبب وباء دودة القطن ٥١٧

المبحث الثالث : خسارة المزارع بسبب تلوث مياه النهر ٥٢٠

الفصل الرابع : جوائح الحظر ٥٢٢

المبحث الأول : خسارة التاجر بسبب الحظر ٥٢٣

المبحث الثاني : امتناع تسليم السلعة بسبب الحظر ٥٢٥

الخاتمة ٥٢٧

فهرس الآيات ٥٣٠

فهرس الأحاديث والآثار ٥٣٨

تابع فهرس الموضوعات

فهرس الأعلام ٥٤١

فهرس القواعد الفقهية والأصولية ٥٤٦

فهرس المصادر والمراجع ٥٤٧

فهرس الموضوعات ٥٧٩

The Cataclysms

The subject of this thesis deals with the regulations of the cataclysms at Islamic legislation and its relation to the Necessity & Predicament circumstances... the term "*Cataclysms*" refers to all celestial or terrestrial insects that hit plants and fruits and causes damages or injuries and we can not avoid its harm.. We use this term especially when the buyer has already paid the price of the goods to the seller but a "Cataclysms" damaged these plants or fruits before the buyer delivered it from the seller.

I mentioned the arguments and disputes of the jurists' evidences and I discussed such evidence and attestation. I predominated the opinion of the Malekeiah and Hanafeiah that stated that *Cataclysm* does not oblige the buyer and he deserves compensation for the damages, decline, or abscess took place with the plants and fruits.

Above all this, I mentioned the linguistic and terminology definition of "*Cataclysms*" in the approaches of jurists. Moreover, I illustrated the methods of judgment by "*Cataclysms*" and contract obliteration depending on i.

I started my thesis giving an explanation for to two important theory that are the theory of the legitimate necessity and the theory of emergency circumstances especially that the

subject of this paper is strongly related to these two important theories. I defined the theory of the legal necessity illustrating the definition of the theory linguistically and terminologically showing the considerations of the legal necessity and the evidences about it and the regulations of the necessity and its rules.

Afterward, I explained briefly the emergency circumstance theory giving the linguistic and terminological definition. Moreover, I illustrated the types of the emergency circumstances, and its conditions and influences.

Then I presented a complete chapter where I illustrated the relation between *Cataclysms* and these two theories. This chapter interprets the linkage between these principles and theories. It confirms the vigor of Islamic Shariah that does not distinguish between the similar pairs or gathering the different ones.

At the end of the paper gave a chapter where I mentioned the contemporary *Cataclysms* and I illustrated that jurists did not deal with old *Cataclysms* only but they should give more attention for the contemporary *Cataclysms* and they should do their best in order to conclude the required rules and giving the suitable solutions in order to introducing a great service for Islam and Islamic Shariah.

Moreover, this study illustrated that the subject of *Cataclysms* has not juridical coverage in many Arab countries.

So, we have to find suitable regulations and providing legal coverage to get clear solution for the current disputes.

Finally, I gave my recommendations at the end of the research and I invited the specialized researchers in Islamic statute and juridical regulations to do their best to give more researches about archaic and contemporary *Cataclysms.* I encouraged them to give the required effort to get suitable solutions and results for our contemporary crisis

Cairo University

Faculty of Dar Al- Olom

Islamic Shariah Department

The Regulations of Cataclysms in Islamic Regulations and Its Relation to The Necessity and Accidental Circumstances Theories *Paper Submitted To* Gain *the Decorate Degree*

Prepared by

Adel Mobarak Al- Mottirat

Lecturer at Faculty of Shariah – Kuwait university

Supervised by Prof. Dr.

Mohamed Beltagy Hassan

Head of Islamic Shariah

Pre-Dean Of The Faculty Of Dar Al- Olom

1422 Hijrah- 2001